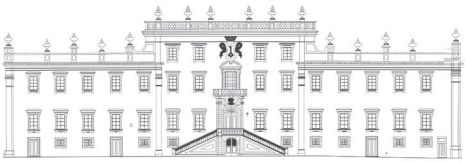
SSM



SCUOLA SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA

IL MAGISTRATO DI FRONTE ALLE DISABILITÀ

a cura di

ALESSANDRO CANDIDO



Edizioni Scientifiche Italiane

Quaderni della Scuola Superiore della Magistratura

1

Collana a cura del Comitato direttivo della Scuola Superiore della Magistratura:
Mauro Paladini
Gian Andrea Chiesi
Roberto Giovanni Conti
Fabio Di Vizio
Stefano Dorigo
Ines Maria Luisa Marini
Loredana Nazzicone
Pier Lorenzo Parenti
Roberto Peroni Ranchet
Vincenzo Sgubbi
Federico Vianelli

Il magistrato di fronte alle disabilità

a cura di

Alessandro Candido

Edizioni Scientifiche Italiane



Opera diffusa con modalità *open access* e distribuita con licenza Creative Commons Attribuzione - Non commerciale - Non opere derivate 4.0 Internazionale (CC-BY-NC-ND 4.0 IT)

Work published in open access form and licensed under Creative Commons Attribution - NonCommercial - NoDerivatives 4.0 International (CC BY-NC-ND 4.0)

Candido, Alessandro (*a cura di*)
Il magistrato di fronte alle disabilità
Collana: Quaderni della Scuola Superiore della Magistratura, 1
Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2026
pp. XII+320; 24 cm
ISBN 978-88-495-6328-3

© 2026 by Edizioni Scientifiche Italiane S.p.A.
80121 Napoli, via Chiatamone 7

Internet: www.edizioniesi.it
E-mail: info@edizioniesi.it

I diritti di traduzione, riproduzione e adattamento totale o parziale e con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche) sono riservati per tutti i Paesi.

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4, della legge 22 aprile 1941, n. 633, ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

Gli autori dichiarano che l'eventuale utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale per la redazione dei lavori è avvenuto soltanto a fini strumentali e di supporto dell'attività intellettuale.

La Scuola e la collana dei Quaderni

La Magna carta dei giudici, adottata dal Consiglio consultivo dei giudici europei, facendo proprio un principio condiviso nell'ambito dei diversi ordinamenti europei, riconosce nella formazione "un importante elemento di garanzia dell'indipendenza dei giudici, nonché della qualità e dell'efficacia del sistema giudiziario" (pt. 8).

In questa prospettiva la Scuola superiore della magistratura raccoglie l'esperienza maturata dal Csm nell'attività di preparazione e aggiornamento professionale dei giudici e dei pubblici ministeri, che è proseguita fino all'entrata in funzione della Scuola, cui la riforma dell'ordinamento giudiziario ha affidato la competenza esclusiva in tema di formazione dei magistrati (d.lgs. n. 26 del 2006).

Il primo Comitato direttivo si è insediato il 24 novembre 2011. Il 15 ottobre 2012 è stato inaugurato il primo corso di formazione della Scuola dedicato ai magistrati ordinari in tirocinio e nel gennaio 2013 è stato avviato il primo programma di formazione permanente.

Oggi la Scuola è impegnata in tutti i settori della formazione dei magistrati: iniziale, permanente, decentrata, dirigenti, onorari, tirocinanti, internazionale.

Accanto all'organizzazione e alla realizzazione delle sessioni di aggiornamento professionale, la documentazione giuridica rappresenta un tema centrale nelle attività di formazione.

La Scuola mette già a disposizione di tutti i magistrati italiani una ricca biblioteca telematica all'interno della sezione del sito dedicata alle banche dati. Altrettanto fondamentale è il materiale didattico elaborato nel contesto delle sessioni formative e disponibile sul sito istituzionale, nell'ambito di ciascun corso.

La collana dei Quaderni, resa possibile grazie alla collaborazione con il Poligrafico e Zecca dello Stato italiano, nasce con l'intento di consentire la più ampia fruizione dei contributi più significativi di questo materiale di studio e dei risultati dell'attività di ricerca svolta dall'istituzione.

La collana si collega idealmente a quella inaugurata negli anni '80 del secolo scorso dal Csm e dedicata agli incontri di studio per i magistrati organizzati nell'ambito della formazione iniziale e continua, all'epoca di competenza consiliare.

I singoli volumi sono disponibili liberamente sul sito della Scuola e nell'ambito della biblioteca virtuale che contiene le pubblicazioni ufficiali dello Stato.

Indice

Prefazione di Mauro Paladini IX

PARTE I
Il quadro costituzionale e sovranazionale

Alessandro Candido, *Il concetto di «soggetto fragile» nel contesto dell'ordinamento costituzionale italiano e del diritto sovranazionale* 3

Giuseppe Arconzo, *La tutela dei diritti delle persone con disabilità dinanzi al giudice ordinario: sfide e prospettive nel nuovo quadro normativo* 25

Francesco Bestagno, *La protezione delle persone con disabilità nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea* 55

Joëlle Long, *La giurisprudenza della Corte EDU in materia di disabilità:* standard *europei e ricadute per la giustizia tutelare italiana* 73

PARTE II
Ambiti applicativi e strumenti di tutela

Quirino Camerlengo, *Diritto allo studio, merito ed eguaglianza sostanziale: la sfida costituzionale dell'inclusione scolastica* 97

Nicola Di Leo, *L'azione antidiscriminatoria (l. 67/2006) e il concetto di accomodamento ragionevole* 139

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

Andrea Apollonio, *La persona con disabilità nel processo penale: vulnerabilità, capacità, tutele* 185

Paolo Morozzo della Rocca, *La protezione dell'adulto fragile straniero. Aspetti problematici* 205

PARTE III
Il contenzioso civile e amministrativo

Antonio De Vita, *Prestazioni e livelli essenziali in materia di disabilità: l'individuazione della natura della prestazione ai fini della decisione giurisdizionale* 229

Carolina Clò, *Il ruolo del Giudice tutelare nella tutela delle persone con disabilità: autodeterminazione, misure di protezione e rapporti con i servizi territoriali* 259

Massimiliano Gioncada, *Giurisdizione ordinaria e amministrativa: come orientarsi?* 275

Francesco Trebeschi, *Prestazioni sociosanitarie e compartecipazione: criteri per decidere nei casi problematici* 291

Gli Autori 315

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Mauro Paladini

Prefazione

Il volume raccoglie i contributi del corso di formazione *Il magistrato di fronte alle disabilità*, organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura nel gennaio 2026, e si colloca in diretta continuità con il percorso avviato nell'anno precedente, che aveva già dato luogo a un primo lavoro editoriale volto a sistematizzare i principali nodi teorici e applicativi del diritto della fragilità.

Quel primo momento di riflessione – curato dal Prof. Alessandro Candido, che anche in questa occasione ha svolto il ruolo di esperto formatore del corso e di curatore scientifico dell'opera – ha consentito di delineare un patrimonio condiviso di conoscenze e di categorie interpretative. Il presente testo si inserisce in quella traiettoria, sviluppandone ulteriormente gli esiti e rafforzando il dialogo tra teoria e prassi che ne aveva costituito uno dei principali punti di forza.

Se il precedente volume aveva offerto una ricostruzione sistematica della materia, il corso da cui trae origine questo lavoro si propone di compiere un ulteriore passo avanti, concentrandosi sulle ricadute operative delle più recenti innovazioni normative e sul ruolo del giudice nella loro concreta attuazione.

La scelta di dedicare nuovamente uno spazio formativo specifico alla tutela delle persone con disabilità nasce dalla consapevolezza che oggi ci troviamo in una fase di trasformazione particolarmente intensa del quadro giuridico di riferimento. L'attuazione della legge delega n. 227 del 2021, attraverso i decreti legislativi del 2023-2024, ha introdotto istituti e categorie destinate a incidere profondamente tanto sull'organizzazione dei servizi quanto sull'esercizio della funzione giurisdizionale.

In questo nuovo contesto, il passaggio da una tutela incentrata su singole prestazioni a un sistema fondato su percorsi integrati – quali la valutazione multidimensionale, il progetto di vita individuale, personalizzato e partecipato e l'accomodamento ragionevole – impone al giudice un mutamento di prospettiva: non più soltanto verificare la

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

spettanza di una prestazione, ma valutare l'adeguatezza complessiva della risposta pubblica ai bisogni della persona.

Il corso e il volume che ne deriva si muovono proprio lungo questa linea di sviluppo. L'obiettivo non è stato quello di offrire una mera ricognizione delle novità normative, ma di fornire una lettura sistemica del contenzioso attuale, degli strumenti processuali e dei criteri interpretativi che possono orientare l'attività giurisdizionale in una materia caratterizzata da elevata complessità tecnica e da un intreccio forte tra diritti fondamentali, organizzazione amministrativa e sostenibilità finanziaria.

In tale prospettiva, particolare rilievo assume la centralità del progetto di vita, che emerge come paradigma unitario della tutela: non un semplice adempimento procedimentale, ma il fulcro di un sistema volto a garantire l'effettività dei diritti della persona con disabilità, attraverso un approccio personalizzato, partecipato e coerente con i principi di autodeterminazione e inclusione.

L'esperienza formativa ha altresì evidenziato come il ruolo del magistrato sia destinato a diventare sempre più centrale e, al tempo stesso, più complesso. Il giudice è chiamato a operare in uno spazio di tensione tra esigenze talvolta difficilmente conciliabili: da un lato la piena tutela dei diritti fondamentali; dall'altro i vincoli derivanti dall'organizzazione dei servizi pubblici e dalle risorse disponibili. In questo equilibrio delicato, il sindacato giurisdizionale è chiamato a essere effettivo ma non sostitutivo, fondato su criteri di ragionevolezza, proporzionalità e adeguatezza della risposta amministrativa.

Il programma del corso ha riflesso questa impostazione, articolandosi in un percorso che, muovendo dalla cornice costituzionale e sovranazionale, ha attraversato i principali ambiti applicativi – dall'istruzione al lavoro, dalla dimensione penale alla tutela delle persone straniere con disabilità – per giungere, infine, a momenti di confronto laboratoriale su questioni ricorrenti nella prassi giudiziaria.

Particolarmente significativa si è rivelata proprio la dimensione operativa del confronto, che ha consentito di far emergere non solo le criticità applicative, ma anche alcuni approdi condivisi: la necessità di criteri motivazionali più stabili, l'ingresso strutturale degli *standard* sovranazionali nel ragionamento giuridico, l'importanza di una decisione attenta alle ricadute concrete sulla vita della persona e sull'organizzazione dei servizi.

Come già nel precedente volume, anche in questa occasione l'approccio metodologico ha privilegiato il dialogo tra competenze diverse – accademiche, giurisdizionali e professionali – nella convinzione

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

che solo attraverso l'integrazione dei saperi sia possibile affrontare adeguatamente le sfide poste dal nuovo diritto della disabilità. Questa dimensione interdisciplinare rappresenta uno dei tratti distintivi dell'attività della Scuola Superiore della Magistratura e trova piena espressione nei contributi qui raccolti.

Il volume si propone dunque non soltanto come strumento di aggiornamento, ma anche come supporto operativo per i magistrati chiamati a confrontarsi con una materia in continua evoluzione, nella quale la qualità della tutela dipende in larga misura dalla capacità di coniugare rigore giuridico, coerenza sistemica e attenzione alla dimensione concreta delle situazioni.

L'auspicio è che i contributi raccolti possano accompagnare gli operatori del diritto in questa fase di transizione, contribuendo a rafforzare una cultura della presa in carico e dell'effettività dei diritti che costituisce il presupposto indispensabile per una tutela non meramente formale, ma concretamente esigibile.

In questa prospettiva, la giurisdizione è chiamata a svolgere un ruolo decisivo: non soltanto nell'affermazione dei diritti, ma anche nella costruzione di percorsi di tutela effettivi, coerenti e sostenibili, capaci di incidere sulle condizioni di vita delle persone con disabilità.

La Scuola Superiore della Magistratura, attraverso iniziative formative come quella da cui trae origine il presente volume, conferma il proprio ruolo di punto di riferimento culturale e scientifico, contribuendo alla formazione di una giurisdizione sempre più consapevole della propria responsabilità nell'attuazione dei principi costituzionali di eguaglianza sostanziale e di dignità della persona.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

PARTE I

Il quadro costituzionale e sovranazionale

Alessandro Candido

Il concetto di «soggetto fragile» nel contesto dell'ordinamento costituzionale italiano e del diritto sovranazionale*

Sommario: 1. Premessa: la fragilità come categoria giuridica emergente. – 2. Il fondamento costituzionale della tutela del soggetto fragile. – 3. La dimensione sovranazionale: dalla Convenzione ONU al diritto dell'Unione europea. – 4. La recente riforma italiana: il d.lgs. n. 62/2024 e il nuovo sistema di tutela. – 5. Conclusioni: verso un diritto della fragilità come diritto della persona.

1. *Premessa: la fragilità come categoria giuridica emergente*

Il concetto di «soggetto fragile» rappresenta una delle categorie giuridiche più significative e, al tempo stesso, più sfuggenti dell'ordinamento giuridico contemporaneo[1]. Non si tratta, infatti, di una nozione definita da una singola disposizione normativa, né di una figura rigidamente tipizzata dal legislatore. Piuttosto, la fragilità costituisce un costrutto interpretativo trasversale, che attraversa l'intero sistema costituzionale ed emerge con particolare evidenza nei settori in cui si pone il problema dell'effettività dei diritti fondamentali[2].

La fragilità, in un'accezione giuridica, non coincide necessariamente con la disabilità. Essa identifica una pluralità di situazioni nelle quali fat-

* Il presente contributo, elaborato nell'ambito delle attività scientifiche e formative dedicate alla tutela delle persone con disabilità, riprende e sviluppa alcune delle riflessioni maturate in occasione del corso *Il magistrato di fronte alle disabilità*, organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura dal 28 al 30 gennaio 2026, nonché della relazione svolta presso l'Ufficio studi e formazione della giustizia amministrativa nell'ambito del corso *I diritti delle persone fragili e il rispetto dei livelli essenziali delle prestazioni*, tenutosi a Napoli il 12 e 13 marzo 2026.

[1] Sia consentito un rinvio ad A. Candido (a cura di), *La presa in carico della persona fragile. Un dialogo tra giurisdizioni su questioni di diritto sociosanitario e socioassistenziale*, Torino, 2025.

[2] Cfr. *Id.*, *La tutela della persona con disabilità: l'importanza di uno studio sistematico e multidisciplinare*, in *La presa in carico della persona fragile*, cit., 19.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

tori personali, sociali, economici o ambientali possono determinare una particolare esposizione alla lesione dei diritti fondamentali o ostacolarne l'effettivo esercizio. Non si tratta, dunque, di una qualità intrinseca della persona, né di una condizione che comporti necessariamente una limitazione della sua capacità di autodeterminazione, ma di una situazione che assume rilevanza giuridica in relazione agli ostacoli che l'ordinamento è chiamato a rimuovere. Rientrano in questa categoria, tra gli altri: la persona con disabilità fisica, psichica o sensoriale; l'anziano non autosufficiente; il minore in condizioni di disagio; lo straniero privo di reti di sostegno; la persona affetta da patologie croniche invalidanti; il soggetto sottoposto a misure di protezione giuridica.

Ciò che accomuna queste situazioni non è tanto la natura della condizione individuale, quanto piuttosto la necessità di un intervento pubblico qualificato, orientato non semplicemente all'assistenza, ma alla rimozione degli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona. In questo senso, la fragilità costituisce una delle manifestazioni più evidenti del principio di uguaglianza sostanziale sancito dall'art. 3, comma 2, della Costituzione[3].

Non è un caso che la Corte costituzionale abbia più volte sottolineato come, proprio con riferimento alla condizione delle persone con disabilità, confluisca «un complesso di valori che attingono ai fondamentali motivi ispiratori del disegno costituzionale»[4]. Tale affermazione può essere estesa all'intero ambito della fragilità: si tratta di un settore in cui vengono in rilievo, in modo particolarmente intenso, alcuni dei principi cardine dell'ordinamento costituzionale, tra cui: il principio personalista, il principio di uguaglianza sostanziale, il principio solidaristico, il diritto alla tutela della salute e il diritto all'assistenza sociale.

Non sorprende, pertanto, che proprio in questo ambito si registri oggi una crescente centralità del giudice, chiamato sempre più spesso a confrontarsi con questioni relative all'accesso ai servizi, alla determinazione delle prestazioni e al rapporto tra diritti fondamentali e vincoli finanziari.

[3] Sul fondamento costituzionale della tutela della disabilità, cfr., tra gli altri, C. Colapietro, F. Girelli, *Persone con disabilità e Costituzione*, Napoli, 2023; A. Candido, *Disabilità e prospettive di riforma. Una lettura costituzionale*, Milano, 2017; G. Arconzo, *I diritti delle persone con disabilità. Profili costituzionali*, Milano, 2020; F. Masci, *A contribution to the study of disability in the italian constitutional system*, Napoli, 2024.

[4] Corte cost., 14 marzo 2024, n. 42.

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

In altre parole, la fragilità non è soltanto una categoria sociologica o politica: è diventata, sempre più chiaramente, una figura giuridica rilevante sul piano della tutela giurisdizionale. Entro quest'ambito, la condizione delle persone con disabilità costituisce un osservatorio privilegiato per comprendere le trasformazioni del sistema di tutela dei diritti fondamentali. È soprattutto a tale condizione che saranno riferite le considerazioni che seguono, nella consapevolezza che molti dei principi esaminati presentano una portata più generale.

2. *Il fondamento costituzionale della tutela del soggetto fragile*

Il primo punto di riferimento è costituito indubbiamente dall'art. 2 della Costituzione[5]. Il principio personalista rappresenta, infatti, la matrice assiologica dell'intero ordinamento costituzionale, in quanto pone la persona umana – nella sua dignità e nella sua irripetibile individualità – al centro dell'azione pubblica[6].

In questa prospettiva, la tutela dei soggetti fragili non può essere ricondotta a una logica meramente assistenziale. L'intervento pubblico non è finalizzato semplicemente a compensare una condizione di svantaggio, ma deve essere orientato alla promozione del pieno sviluppo della persona[7].

Il giudice delle leggi ha chiarito questo punto con particolare efficacia nella sent. n. 18 del 2020, quando ha affermato che «le relazioni umane, specie di tipo familiare, sono fattori determinanti per il pieno sviluppo e la tutela effettiva delle persone più fragili»[8]. In altri termini,

[5] Sulla solidarietà quale dovere in espansione, si rinvia al recente lavoro di G. Matucci (a cura di), *Solidarietà. Un impegno senza confini?*, Roma, 2026.

[6] Cfr. E. Vivaldi, *Disabilità mentali e vita indipendente. Percorsi di attuazione del principio personalista*, Napoli, 2023.

[7] In ambito scolastico, si rinvia ad es. al contributo di Q. Camerlengo, nel Volume; Id., *Dal «merito» ai «meriti»: per una scuola costituzionalmente inclusiva*, in *Osservatorio AIC*, n. 3/2025, 1 ss.

[8] Corte cost., 14 febbraio 2020, n. 18, con commenti di F. Gianfilippi, *«Madri per sempre»: l'età superiore ai dieci anni del figlio con handicap grave non inibisce la concessione della detenzione domiciliare speciale richiesta per assisterlo*, in *Giur. cost.*, n. 1/2020, 172 ss.; A. Lorenzetti, *La Corte costituzionale e il percorso di progressiva tutela alla madre detenuta nel suo rapporto con la prole. Note a margine della sentenza n. 18 del 2020*, in *Oss. AIC*, n. 3/2020, 632 ss.; S. Talini, *Disabilità, rapporto genitoriale e preclusioni penitenziarie: la sent. cost. n. 18 del 2020 quale*

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

la protezione delle persone fragili non si esaurisce nella predisposizione di prestazioni economiche o di servizi sociali, ma richiede un approccio più ampio, capace di valorizzare la dimensione relazionale della persona, il contesto familiare e comunitario, la continuità dei percorsi di vita.

La stessa Corte costituzionale ha ribadito che una tutela effettiva dei soggetti più deboli richiede la continuità delle relazioni costitutive della personalità umana[9] e che il diritto della persona con disabilità di ricevere assistenza nell'ambito della propria comunità di vita costituisce uno dei fulcri del sistema di protezione predisposto dal legislatore[10].

Il principio personalista impone, dunque, di superare definitivamente ogni modello puramente assistenziale, muovendo dal presupposto che la fragilità non riduce la titolarità dei diritti: al contrario, intensifica l'obbligo costituzionale di rimuovere gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona.

Se l'art. 2 rappresenta il fondamento assiologico della tutela della persona fragile, l'art. 3, comma 2, ne costituisce la traduzione operativa[11]. Il principio di uguaglianza sostanziale non si limita, infatti, a vietare le discriminazioni formali, ma impone allo Stato un vero e proprio dovere di intervento volto a rimuovere le situazioni di svantaggio che impediscono l'effettiva partecipazione alla vita sociale. Si tratta di un criterio dinamico, che attribuisce al legislatore e alle amministra-

«plurimo approdo» della giurisprudenza costituzionale, in *Studium iuris*, n. 11/2020, 1346 ss.

[9] Cfr. Corte cost., 18 luglio 2013, n. 203, con commento di E. Longo, *La rilettura dei diritti sociali passa per il congedo straordinario a tutela di un parente disabile*, in *Giur. cost.*, n. 4/2013, 2853 ss. Si rinvia anche a C. Colapietro, *I diritti delle persone con disabilità nella giurisprudenza della Corte costituzionale: il «nuovo» diritto alla socializzazione*, in *Diritti fondamentali*, n. 2/2020, 121 ss.; cfr., inoltre, A. Lo Calzo, *Il diritto all'assistenza e alla cura nella prospettiva costituzionale tra eguaglianza e diversità*, in *Oss. AIC*, n. 3/2018, 211 ss.

[10] Cfr. Corte cost., 7 dicembre 2018, n. 232, con commento di A. Candido, *Congedo straordinario e tutela del disabile. La trasfigurazione di un istituto nell'interpretazione evolutiva della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, n. 6/2018, 2668 ss.; L. Ardizzone, *La Corte costituzionale amplia il novero dei soggetti a cui spetta il «congedo straordinario» per assistere il familiare disabile* ex *art. 42, co. 5, d.lgs. 151/2001*, in *Forum quad. cost.*, n. 2/2019, 1 ss.

[11] Per una lettura innovativa del principio di uguaglianza sostanziale, si rinvia a Q. Camerlengo, *Costituzione e promozione sociale*, Bologna, 2013; si rinvia, inoltre, ad A. D'Aloia, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Padova, 2002.

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

zioni pubbliche un compito permanente di trasformazione sociale e che, nel contesto della fragilità, sta a significare che la persona non deve essere semplicemente protetta o assistita, ma posta nelle condizioni di esercitare concretamente i propri diritti.

Questa impostazione emerge con particolare chiarezza dalla giurisprudenza costituzionale.

La Corte ha più volte affermato che il principio di uguaglianza sostanziale richiede interventi diretti volti a rimuovere le situazioni di fatto che impediscono il pieno sviluppo della persona umana, e che tale esigenza assume particolare rilevanza nei confronti delle persone con disabilità[12]. A tal fine, assume un ruolo centrale il tema dei livelli essenziali delle prestazioni, che costituiscono lo strumento attraverso cui lo Stato garantisce l'effettiva tutela dei diritti sociali in tutto il territorio nazionale.

Un ulteriore pilastro costituzionale della tutela dei soggetti fragili è rappresentato dall'art. 32 della Costituzione, che riconosce la salute come «fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività»[13]. Si tratta dell'unico diritto che il testo costituzionale qualifica espressamente come «fondamentale», circostanza che ne conferma la particolare rilevanza nell'architettura delle garanzie costituzionali, senza naturalmente implicare una posizione gerarchicamente sovraordinata rispetto agli altri diritti fondamentali.

Tuttavia, nel contesto della fragilità, il diritto alla tutela della salute non può essere interpretato in senso meramente sanitario, né limitato alla dimensione strettamente clinica della cura. La giurisprudenza costituzionale e l'evoluzione del diritto internazionale hanno, infatti, progressivamente consolidato una concezione di salute ampia e integrata, intesa come condizione di benessere fisico, psichico e sociale della persona.

In questa prospettiva, la tutela della salute delle persone fragili implica necessariamente un approccio che superi la tradizionale separazione tra le prestazioni sanitarie e quelle sociali. Si tratta di uno dei

[12] Cfr. Corte cost., 16 dicembre 2016, n. 275; sul tema, cfr. G. Boggero, *La garanzia costituzionale della connessione adeguata tra funzioni e risorse. Un «mite» tentativo di quadratura del cerchio tra bilancio, diritti e autonomie*, in *Riv. AIC*, n. 4/2019, 339 ss.; A. Andreoni, *Diritti sociali fondamentali ed equilibrio di bilancio*, in *Riv. giur. lav. e prev. soc.*, n. 2/2017, 207 ss.; F. Blando, S*oggetti disabili e istruzione: la lotta per il diritto*, in *Federalismi*, n. 10/2017, 2 ss.

[13] *Ex plurimis*, cfr. D. Morana, *La salute nella Costituzione italiana: profili sistematici*, Milano, 2002.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

nodi più rilevanti – e al contempo più problematici – dell'intero sistema di protezione sociale.

Com'è noto, la distinzione tra prestazioni sanitarie e prestazioni socioassistenziali ha assunto negli ultimi anni una rilevanza crescente sul piano giuridico, poiché da essa dipendono conseguenze di grande importanza: la ripartizione delle competenze tra Stato, Regioni ed enti locali; la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni; la ripartizione degli oneri finanziari tra il servizio sanitario, gli enti territoriali e gli utenti.

Non sorprende, pertanto, che proprio in questo ambito si sia sviluppato un contenzioso particolarmente intenso, che ha coinvolto la giurisdizione ordinaria e amministrativa.

Ad esempio, la giurisprudenza amministrativa è stata più volte chiamata a pronunciarsi sulla qualificazione giuridica delle prestazioni erogate nell'ambito dell'assistenza alle persone fragili, con particolare riferimento ai servizi residenziali e semiresidenziali. In tali casi, la qualificazione della prestazione come sanitaria, sociosanitaria o assistenziale incide direttamente sulla disciplina applicabile, nonché sulla ripartizione degli oneri economici tra le amministrazioni pubbliche e gli utenti. Il problema emerge con particolare evidenza nelle controversie relative alla cosiddetta quota sociale delle prestazioni sociosanitarie, che rappresenta uno dei terreni di conflitto più frequenti tra cittadini e amministrazioni pubbliche. In questi casi, il giudice è chiamato a operare un delicato bilanciamento tra le esigenze di sostenibilità finanziaria e la tutela effettiva dei diritti fondamentali.

La Corte costituzionale ha chiarito, in più occasioni, che i vincoli di bilancio non possono tradursi nella compressione dei diritti incomprimibili della persona[14]. La sent. n. 275 del 2016 ha espresso questo principio con una formula ormai divenuta paradigmatica, affermando che è «la garanzia dei diritti incomprimibili a incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione»[15]. Anco-

[14] Cfr. L. Castelli, *Alla ricerca del «limite dei limiti»: il «contenuto essenziale» dei diritti fondamentali nel dialogo fra le Corti*, in *Riv. AIC*, n. 1/2021, 454 ss.

[15] Corte cost., 16 dicembre 2016, n. 275. Cfr. L. Ardizzone, R. Di Maria, *La tutela dei diritti fondamentali ed il «totem» della programmazione: il bilanciamento (possibile) fra equilibrio economico-finanziario e prestazioni sociali (brevi riflessioni a margine di Corte cost., sent. 275/2016)*, in *Consulta online*, n. 2/2017, 174 ss.; E. Furno, *Pareggio di bilancio e diritti sociali: la ridefinizione dei confini nella recente giurisprudenza costituzionale in tema di diritto all'istruzione dei disabili*, in *Consulta online*, n. 1/2017, 105 ss.; A. Longo, *Una concezione del bilancio costituzionalmente*

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

ra, appare significativa la sent. n. 197 del 2025, con cui il giudice delle leggi ha affermato che il diritto alla salute psico-fisica della persona con necessità di sostegno intensivo costituisce diritto fondamentale incomprimibile, la cui garanzia incide sul bilancio e non viceversa. La pronuncia, pur intervenendo nella specifica materia del congedo straordinario per l'assistenza alla persona con disabilità grave, conferma la centralità costituzionale della dimensione relazionale e familiare della tutela, offrendo indicazioni interpretative che possono assumere rilievo anche in altri ambiti della protezione delle persone in condizioni di vulnerabilità.

Tali affermazioni assumono un significato particolarmente pregnante proprio con riferimento alla tutela delle persone fragili, poiché evidenziano che la dimensione finanziaria, pur inevitabilmente rilevante, non può mai diventare il criterio esclusivo di regolamentazione dei diritti sociali[16].

Proprio in tale direzione si collocano le più recenti riforme legislative, che mirano a rafforzare i modelli di integrazione sociosanitaria e a promuovere strumenti di presa in carico personalizzata della persona fragile.

Ovviamente, come rilevato dal Consiglio di Stato, «il diritto alla salute vergato nella Carta costituzionale non implica un incondizionato diritto ad un complesso di prestazioni liberamente individuate come appropriate dall'interessato, bensì transita per un ineludibile momento di esercizio della discrezionalità tecnica attraverso la quale l'Amministrazione sanitaria elabora il piano trattamentale o terapeutico ritenuto più adatto secondo la migliore scienza ed esperienza disponibili al momento»[17]. Ciò per l'ovvia ragione che il Servizio sanitario nazionale deve muoversi tra le strettoie della disciplina vincolistica sul contenimento della spesa sanitaria (secondo i suoi andamenti, che tengono conto delle congiunture della finanza pubblica) e l'erogazione dei livelli essenziali di assistenza scolpiti nel d.P.C.M. del 2017, che costituiscono l'ossatura dello stato sociale sanitario[18].

orientata: prime riflessioni sulla sentenza della Corte costituzionale n. 275 del 2016, in *federalismi.it*, n. 10/2017, 2 ss.

[16] Cfr. A. Andreoni, *Diritti sociali fondamentali ed equilibrio di bilancio*, in *Riv. giur. lav. e prev. soc.*, n. 2/2017, 207 ss. Come è stato correttamente osservato, il modello di cura deve fondarsi su servizi sanitari che prevedano sistemi di continuità assistenziale; diversamente opinando, si curerebbe «la malattia, non il malato» (M. Massetti, *Sanità, cambiare la «cura» per uscire dalla crisi*, in *Vita e Pensiero*, n. 17/2026, 123).

[17] Cons. Stato, sez. III, 29 luglio 2024, n. 6785.

[18] Sul tema, si rinvia al contributo di L. Busatta, *Oltre i vincoli di bilancio: il*

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

Accanto al diritto alla tutela della salute, un ulteriore fondamento costituzionale della protezione delle persone fragili è rappresentato dall'art. 38 della Costituzione, che riconosce il diritto all'assistenza sociale ai cittadini in condizioni di bisogno[19].

Tradizionalmente, questa norma è stata interpretata come il pilastro costituzionale del sistema di *welfare*, volto a garantire forme di protezione pubblica nei confronti delle situazioni di maggiore vulnerabilità.

La Corte costituzionale ha più volte sottolineato che il diritto all'assistenza sociale costituisce uno strumento essenziale per assicurare l'effettività dei diritti fondamentali della persona e per realizzare il principio di uguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, comma 2, della Costituzione. In particolare, il giudice delle leggi ha affermato che le prestazioni assistenziali costituiscono una componente fondamentale del sistema di garanzie costituzionali destinate a tutelare le persone in condizioni di particolare bisogno[20].

Tuttavia, nel contesto contemporaneo, la portata dell'art. 38 non può essere ridotta alla sola erogazione di prestazioni economiche o di trasferimenti monetari. L'evoluzione del *welfare State* e la crescente complessità dei bisogni sociali hanno progressivamente trasformato il diritto all'assistenza in un diritto all'accesso a servizi e interventi integrati, destinati a sostenere la persona nei diversi ambiti della vita quotidiana. La stessa Corte costituzionale ha chiarito che la tutela delle persone in condizioni di fragilità non può essere garantita mediante strumenti meramente assistenziali o frammentari, ma richiede un sistema di interventi coordinati, capace di assicurare un'effettiva integrazione tra servizi sociali e sanitari[21].

nucleo essenziale del diritto alla salute del disabile, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 4/2020, 879 ss.

[19] Cfr. G. Arconzo, *Commento all'art. 38*, in F. Clementi, L. Cuocolo, F. Rosa, G.E. Vigevani (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, I, Bologna, 2021, 267 ss.

[20] Cfr. Corte cost., 2 dicembre 2005, n. 432 e Corte cost., 15 gennaio 2010, n. 10. Cfr. A. Anzon Demmig, *Potestà legislativa regionale residuale e livelli essenziali delle prestazioni*, in *Giur. cost.*, n. 1/2010, 155 ss.; M. Belletti, *La questione della tutela del nucleo essenziale dei diritti nel nuovo assetto autonomistico*, in *Percorsi costituzionali*, n. 1/2010, 149 ss.; E. Longo, *I diritti sociali al tempo della crisi. La Consulta salva la social card e ne ricava un nuovo titolo di competenza statale*, in *Giur. cost.*, n. 1/2010, 164 ss.

[21] Cfr., ad es., Corte cost., 19 dicembre 2012, n. 296, con commenti di A. Candido, *LIVEAS o non LIVEAS. Il diritto all'assistenza e la riforma dell'ISEE in due*

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

In questo senso, il diritto all'assistenza sociale si configura oggi come una componente essenziale del più ampio sistema di tutela dei diritti sociali, strettamente collegato sia al principio di uguaglianza sostanziale sia al diritto alla tutela della salute.

L'esperienza applicativa dimostra, infatti, che molte delle esigenze delle persone fragili non possono essere soddisfatte attraverso interventi isolati o settoriali, ma richiedono un approccio integrato, capace di coordinare servizi sanitari, interventi sociali e strumenti di inclusione.

Proprio in questa prospettiva si colloca la crescente rilevanza del tema dei livelli essenziali delle prestazioni.

Com'è noto, l'art. 117, comma 2, lettera m), della Costituzione attribuisce allo Stato la competenza esclusiva nella determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale. I livelli essenziali rappresentano lo strumento attraverso cui l'ordinamento costituzionale cerca di conciliare due esigenze fondamentali: da un lato, il riconoscimento dell'autonomia regionale nella gestione dei servizi sociali e sanitari; dall'altro, la necessità di garantire un nucleo uniforme di diritti fondamentali su tutto il territorio della Repubblica[22].

Nel settore della tutela delle persone fragili, questa esigenza assume particolare rilevanza. L'assenza o l'insufficiente definizione dei livelli essenziali in ambito sociale ha infatti determinato, nel corso degli anni, profonde differenze territoriali nell'accesso ai servizi e nelle modalità di erogazione delle prestazioni.

In questo contesto, la giurisprudenza ha più volte sottolineato che i livelli essenziali delle prestazioni costituiscono uno strumento indispensabile per garantire l'effettività del principio di uguaglianza sostanziale; segnatamente, la Corte costituzionale ha chiarito che la

pronunce discordanti, in *Giur. cost.*, n. 6/2012, 4615 ss.; M. Belletti, *Le Regioni «figlie di un Dio minore». L'impossibilità per le Regioni sottoposte a Piano di rientro di implementare i livelli essenziali delle prestazioni*, in *Le Regioni*, nn. 5-6/2013, 1078 ss. Occorre inoltre ricordare Corte cost., 8 marzo 2013, n. 36, a commento della quale si rinvia a G. Cosmelli, *Vincoli alla spesa sanitaria regionale e garanzia dei Lea: il punto sull'autonomia legislativa e finanziaria delle Regioni speciali alla luce degli ultimi sviluppi della giurisprudenza costituzionale (in margine a corte cost., sentt. nn. 36 e 51 del 2013)*, in *Issirfa*, 2013, 1 ss.

[22] Sul tema dell'indefettibilità costituzionale della spesa destinata ai Lea, cfr. C. Buzzacchi, *Il ruolo del «servizio sanitario e ospedaliero in ambito locale» alla luce dei parametri costituzionali dell'equilibrio di bilancio e dei LEA*, in *Le Regioni*, n. 4/2020, 850 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

determinazione dei livelli essenziali costituisce una competenza esclusiva dello Stato, funzionale ad assicurare standard uniformi di tutela dei diritti fondamentali sull'intero territorio nazionale[23]. I livelli essenziali non devono essere intesi come meri *standard* minimi, bensì come prestazioni effettivamente idonee a garantire la tutela dei diritti fondamentali delle persone, in particolare nei confronti di soggetti in condizioni di vulnerabilità.

La concreta attuazione di tali livelli si traduce inevitabilmente in un complesso sistema di rapporti tra amministrazioni pubbliche, utenti dei servizi e operatori del settore.

Proprio per questa ragione, il diritto all'assistenza sociale rappresenta oggi uno degli ambiti in cui il ruolo della giurisdizione assume una rilevanza sempre maggiore. Le controversie relative all'accesso ai servizi sociali, alla determinazione delle prestazioni e alla compartecipazione economica degli utenti costituiscono ormai una parte significativa del contenzioso in materia di diritti sociali. In tali casi, il giudice è chiamato a svolgere una funzione particolarmente delicata, che consiste nel verificare se l'azione amministrativa sia effettivamente conforme ai principi costituzionali di uguaglianza, solidarietà e tutela della dignità della persona[24].

Ciò significa che l'esercizio dei diritti fondamentali non può essere subordinato esclusivamente a ragioni finanziarie, poiché tali diritti presentano – come è noto – un nocciolo essenziale incomprimibile.

La giurisprudenza amministrativa, da un lato, ha rilevato che l'esercizio dei diritti fondamentali deve misurarsi, se non addirittura cedere in presenza della limitatezza delle risorse finanziarie degli enti pubblici[25]; dall'altro, però, ha ricordato che uno Stato sociale di diritto, a fronte del

[23] Cfr., ad es., Corte cost., 26 giugno 2002, n. 282 e Corte cost. 2006, n. 134. Sul tema, *ex plurimis*, cfr. M. Belletti, *I «livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali…» alla prova della giurisprudenza costituzionale. Alla ricerca del parametro plausibile…*, in *Istituzioni del federalismo*, n. 3/2003, 613 ss.; Q. Camerlengo, *Indizi di perdurante asimmetria tra legge statale e legge regionale. La primazia delle valutazioni scientifiche*, *ibid.*, n. 5/2002, 685 ss.; E. Cavasino, *La Corte costituzionale ed i «principi generali che regolano l'attività terapeutica»*, in *Quad. cost.*, n. 1/2003, 153 ss.; D. Morana, *La tutela della salute, fra libertà e prestazioni, dopo la riforma del Titolo V. A proposito della sentenza 282/2002 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, n. 3/2002, 2034 ss.

[24] Cfr. C. Bergonzini, *Come un gioco di specchi. Sulle tracce dell'«esistenza libera e dignitosa» nella giurisprudenza costituzionale*, in *Costituzionalismo*, n. 3/2023, 61 ss.

[25] Cfr. Cons. Stato, 12 agosto 2024, n. 7089.

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

«grido di dolore»[26], proveniente da moltissime situazioni concrete, deve assicurare le esigenze dei soggetti più bisognosi e, a parità di bisogno, di quelli meno abbienti, in quanto la teorica dei diritti fondamentali finanziariamente condizionati non può legittimare la mortificazione dei diritti fondamentali senza che la scelta dell'ente e, persino, del legislatore sia sorretta da una valida e superiore causa di giustificazione, attinente alla tutela del bene comune per finalità solidaristiche. Quest'ultimo orientamento è stato espresso proprio da quella giurisprudenza che ha affermato il dovere delle competenti amministrazioni di attuare ogni adempimento per attribuire agli alunni con disabilità i diritti riconosciuti dal legislatore, in modo che le loro famiglie non debbano proporre ricorsi giurisdizionali per ottenere ciò che è loro dovuto[27].

Occorre allora costantemente bilanciare i diritti sociali, che certo non sono illimitati, con altri interessi costituzionalmente rilevanti, ma seguendo alcuni principi guida, vale a dire: il bilanciamento deve essere operato dal legislatore secondo criteri di ragionevolezza e proporzionalità; il nucleo essenziale dei diritti fondamentali non può essere sacrificato; le scelte allocative devono essere motivate e giustificate; l'amministrazione non può invocare la carenza di risorse per sottrarsi agli obblighi di legge.

Il sindacato giurisdizionale si colloca, dunque, in uno spazio di equilibrio tra la discrezionalità amministrativa nella gestione delle politiche sociali e la necessità di garantire l'effettività dei diritti fondamentali delle persone più vulnerabili.

In questa prospettiva, la tutela delle persone fragili si configura sempre più chiaramente come un ambito nel quale il diritto costituzionale, il diritto amministrativo e la giurisprudenza si intrecciano in modo particolarmente intenso.

3. *La dimensione sovranazionale: dalla Convenzione ONU al diritto dell'Unione europea*

L'evoluzione del sistema di tutela delle persone fragili non può essere compresa pienamente se ci si limita alla sola dimensione costituzionale interna.

[26] Cfr. Cons. Stato, 10 giugno 2016, n. 2501.

[27] Cfr. Cons. Stato, 6 dicembre 2023, n. 10560; Cons. Stato, 10 luglio 2017, n. 3393; Cons. Stato, 3 maggio 2017, n. 2023.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

Negli ultimi due decenni, infatti, il quadro giuridico di riferimento è stato profondamente influenzato dal diritto internazionale e dal diritto dell'Unione europea, che hanno contribuito a ridefinire i modelli di protezione della persona con disabilità e, più in generale, delle persone in condizioni di vulnerabilità.

Il passaggio più significativo di questa evoluzione è rappresentato dall'affermazione di un paradigma che pone al centro la persona e la sua autodeterminazione, superando definitivamente modelli di tutela fondati su una concezione meramente assistenziale o paternalistica della disabilità.

A tal fine, il diritto sovranazionale ha svolto un ruolo decisivo nel promuovere una concezione della disabilità non più basata esclusivamente sulla dimensione sanitaria o individuale, ma fondata sull'interazione tra la persona e il contesto sociale nel quale essa vive.

Questo cambiamento di prospettiva ha avuto effetti rilevanti anche sul piano dell'interpretazione costituzionale, influenzando progressivamente sia l'attività del legislatore sia l'elaborazione giurisprudenziale.

Il punto di svolta più significativo è rappresentato dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, adottata il 13 dicembre 2006 e ratificata dall'Italia con la l. 3 marzo 2009, n. 18. Essa costituisce uno dei più importanti strumenti internazionali di tutela dei diritti fondamentali delle persone con disabilità, poiché introduce un approccio radicalmente innovativo rispetto ai modelli tradizionali di protezione[28].

In particolare, la Convenzione afferma con chiarezza che le persone con disabilità devono essere considerate soggetti titolari di diritti, e non meri destinatari di interventi assistenziali; l'art. 1, ad esempio, chiarisce che le persone con disabilità comprendono «coloro che presentano durature menomazioni fisiche, mentali, intellettive o sensoriali che, in interazione con barriere di diversa natura, possono ostacolare la loro piena ed effettiva partecipazione alla società su base di uguaglianza con gli altri». Questa definizione segna il passaggio da una concezione puramente medica della disabilità a un modello fondato sull'interazione tra la condizione individuale e l'ambiente sociale.

In altri termini, la disabilità non è più considerata esclusivamente una caratteristica della persona, ma il risultato dell'interazione tra la

[28] Si rinvia a D. Piccione, *Costituzionalismo e disabilità. I diritti delle persone con disabilità tra Costituzione e Convenzione ONU*, Torino, 2023.

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

persona e le barriere – fisiche, culturali, organizzative – presenti nella società[29].

La Convenzione pone inoltre grande attenzione al principio dell'autonomia e dell'autodeterminazione della persona, affermando che le persone con disabilità hanno diritto a vivere nella comunità, con la stessa libertà di scelta riconosciuta alle altre persone (art. 19)[30].

Questo principio ha avuto un impatto significativo anche sull'ordinamento italiano, contribuendo a orientare l'evoluzione delle politiche pubbliche e della legislazione in materia di disabilità.

La Corte costituzionale ha più volte riconosciuto il valore interpretativo della Convenzione ONU, affermando che essa costituisce un parametro rilevante per l'interpretazione delle norme interne relative alla tutela delle persone con disabilità[31]. Come ha statuito anche il Consiglio di Stato, con la Convenzione «non si è pertanto inteso riconoscere nuovi diritti alle persone con disabilità, ma piuttosto garantire che queste ultime possano godere di tutti quelli che sono riconosciuti agli altri cittadini, confermando in loro favore i principi fondamentali in tema di riconoscimento delle pari opportunità e della non discriminazione»[32].

Uno degli elementi più innovativi della Convenzione ONU è rappresentato dal consolidamento di un modello della disabilità fondato sui diritti umani, che, in continuità con l'approccio biopsicosociale sviluppato nell'ambito dell'Organizzazione mondiale della sanità, valorizza l'interazione tra le condizioni individuali e le barriere ambientali e sociali, ponendo al centro la dignità, l'autonomia e l'uguaglianza della persona.

Questo approccio implica che la tutela delle persone con disabilità non possa limitarsi alla dimensione sanitaria, ma debba includere in-

[29] Si rinvia a D. Ferri, *La giurisprudenza costituzionale sui diritti delle persone con disabilità e lo 'Human Rights Model of Disability': «convergenze parallele» tra Corte costituzionale e Comitato ONU sui diritti delle persone con disabilità*, in Diritti fondamentali, n. 1/2020, 523 ss.

[30] Sul tema, cfr. G. De Robertis, *La Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità*, in *Il progetto di vita*, a cura di G. De Robertis, Sant'Arcangelo di Romagna, 2026, spec. 21-23.

[31] Cfr. Corte cost., 26 febbraio 2010, n. 80, ma anche Corte cost., 11 aprile 2019, n. 83. Cfr. E. Vivaldi, *Il diritto all'istruzione delle persone con disabilità: continuità dei finanziamenti e tutela del nucleo essenziale del diritto (nota a Corte costituzionale n. 83/2019)*, in *Le Regioni,* n. 3/2019, 814 ss.

[32] Cons. Stato, 17 ottobre 2022, n. 8798.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

terventi diretti a rimuovere le barriere che impediscono la piena partecipazione alla vita sociale.

Il superamento del paradigma medico ha avuto effetti profondi anche sul piano delle politiche pubbliche, favorendo l'adozione di strumenti orientati alla personalizzazione degli interventi e alla promozione dell'inclusione sociale.

In questo contesto, assumono particolare rilievo le politiche di integrazione sociosanitaria e gli strumenti di presa in carico multidimensionale della persona fragile. Questi ultimi sono oggi al centro delle più recenti riforme legislative italiane in materia di disabilità, che mirano a costruire un sistema di interventi fondato sulla valutazione complessiva dei bisogni della persona e sulla predisposizione di percorsi personalizzati di assistenza.

Un ulteriore principio centrale introdotto dalla Convenzione ONU è quello dell'accomodamento ragionevole[33].

L'art. 2 della Convenzione definisce l'accomodamento ragionevole come le modifiche e gli adattamenti necessari e appropriati, che non impongano un onere sproporzionato o eccessivo, e che siano necessari per garantire alle persone con disabilità il godimento e l'esercizio, su base di uguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali.

Il rifiuto di adottare accomodamenti ragionevoli costituisce, secondo la Convenzione, una forma di discriminazione fondata sulla disabilità.

Questo principio ha trovato progressiva applicazione anche nel diritto dell'Unione europea, in particolare nell'ambito della direttiva 2000/78/CE, che istituisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e condizioni di lavoro.

La Corte di giustizia dell'Unione europea ha svolto in tal senso un ruolo determinante.

In una delle prime decisioni rilevanti, la Corte ha chiarito che la nozione di disabilità, ai fini della direttiva 2000/78, deve essere interpretata alla luce della Convenzione ONU e comprende una limitazione derivante da menomazioni durature che, in interazione con diverse barriere, può impedire la piena partecipazione della persona alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori[34]. Nella

[33] Sul tema, ad es., cfr. D. Ferri, *L'accomodamento ragionevole per le persone con disabilità in Europa: da Transatlantic Borrowing alla Cross-Fertilization*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 2/2017, 381 ss.

[34] Cfr. Corte di giustizia, cause riunite C-335/11 e C-337/11, HK Danmark, 11 aprile 2013.

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

stessa pronuncia, la Corte ha inoltre affermato che il dovere di adottare accomodamenti ragionevoli può includere misure organizzative come la riduzione dell'orario di lavoro, qualora tali interventi risultino necessari per consentire alla persona con disabilità di continuare a svolgere la propria attività lavorativa.

La Corte ha successivamente chiarito che l'obbligo di accomodamento ragionevole può comprendere anche la riassegnazione del lavoratore con disabilità a un'altra posizione lavorativa, purché questi disponga delle competenze, delle capacità e della disponibilità richieste e la misura non imponga al datore di lavoro un onere sproporzionato. Tale orientamento conferma che l'accomodamento ragionevole non si esaurisce nell'eliminazione delle barriere materiali, ma può richiedere interventi sull'organizzazione del lavoro e sulle mansioni concretamente assegnate[35].

In questo modo, la giurisprudenza della Corte di giustizia ha contribuito a consolidare un'interpretazione della disabilità coerente con il modello della disabilità fondato sui diritti umani, recepito dalla Convenzione ONU, rafforzando l'idea che la tutela delle persone con disabilità non possa limitarsi alla rimozione di discriminazioni formali, ma debba includere l'adozione di misure positive volte a garantire la loro piena partecipazione alla vita sociale e professionale.

Anche nell'ordinamento italiano il principio dell'accomodamento ragionevole ha assunto una crescente rilevanza, influenzando l'interpretazione della normativa antidiscriminatoria e contribuendo a orientare l'evoluzione delle politiche pubbliche in materia di inclusione. Ciò significa, afferma il Consiglio di Stato, consentire alla persona con disabilità «una vita dignitosa coerentemente con il principio di proporzionalità, che impone di realizzare l'interesse generale gravando il singolo del minor sacrificio possibile»[36]. Al contempo, i Giudici di Palazzo Spada rilevano che «il prudente contemperamento dell'indefettibile diritto fondamentale del disabile alle necessarie misure di inclusione scolastica con i vincoli di finanza pubblica si atteggia a paradigmatica concretizzazione di tale nozione di matrice convenzionale, non potendo mai esigersi in capo all'autorità pubblica che l'apprestamento di tali misure solidaristiche comportino oneri insopportabilmente sproporzionati o eccessivi, tali da mettere a rischio la copertura finanziaria di queste politiche nel medio-lungo periodo»[37].

[35] Cfr. Corte di giustizia, causa C-485/20, HR Rail, 10 febbraio 2022.

[36] Cons. Stato, 29 marzo 2022, n. 2295.

[37] Cons. Stato, 12 agosto 2024, n. 7089.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

4. *La recente riforma italiana: il d.lgs. n. 62/2024 e il nuovo sistema di tutela*

Negli ultimi anni, il sistema italiano di tutela delle persone con disabilità è stato interessato da un processo di riforma particolarmente significativo, avviato nell'ambito del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e attuato attraverso la legge delega 22 dicembre 2021, n. 227[38].

La delega legislativa ha mirato a promuovere una revisione complessiva della disciplina della disabilità, con l'intento di superare la frammentazione normativa e amministrativa che ha caratterizzato storicamente il settore.

Per lungo tempo, infatti, il sistema italiano è stato contraddistinto da una pluralità di definizioni e di procedure di accertamento della disabilità – relative, ad esempio, all'invalidità civile, alla disabilità ai fini dell'integrazione scolastica o lavorativa, alla non autosufficienza – con la conseguenza di generare sovrapposizioni procedurali e notevoli difficoltà applicative.

La riforma avviata con la l. n. 227 del 2021 ha cercato di intervenire proprio su questi profili, introducendo un modello unitario di accertamento e di presa in carico della persona con disabilità[39]. In attuazione della delega[40], il d.lgs. 3 maggio 2024, n. 62 ha profondamente innovato il sistema di accertamento della condizione di disabilità, introducendo altresì una nuova disciplina della valutazione multidimensionale e del progetto di vita.

La riforma si inserisce in un quadro normativo più ampio, che comprende anche altre recenti iniziative legislative in materia di tutela

[38] Recentemente, con particolare riguardo al rapporto tra PNRR e Costituzione, cfr. A. Chiappetta, *«Investire» sul dettato costituzionale: la tutela delle persone con disabilità tra l'incessante pungolo del giudice delle leggi e l'occasione del PNRR*, in *Riv. Gruppo di Pisa*, n. 2/2025, 100 ss.; si rinvia anche a: E. Vivaldi, *PNRR e disabilità: misure e interventi per l'attuazione del diritto alla vita indipendente*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale,* n. 4/2022, 630 ss.; G. Arconzo, *Le politiche per la disabilità nel quadro del PNRR*, in *Passaggi Costituzionali*, n. 5/2023, 151 ss.

[39] Si rinvia a C.C. Palermo, *La delega per la riforma in materia di disabilità e le sue direttrici attuative*, in *Il progetto di vita*, cit., 34-36.

[40] È critico rispetto all'attuazione della legge delega G. Arconzo, *L'incerto avvio delle riforme in tema di disabilità previste dalla legge n. 227 del 2021*, in *Federalismi*, n. 16/2025, 15.

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

delle persone fragili, tra cui la l. 23 marzo 2023, n. 33, relativa alla riforma dell'assistenza agli anziani non autosufficienti.

Nel complesso, queste riforme riflettono l'esigenza di adeguare l'ordinamento interno ai principi affermati dalla Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità e di sviluppare modelli di intervento coerenti con il paradigma biopsicosociale.

Uno degli elementi più rilevanti introdotti dal d.lgs. n. 62 del 2024 riguarda la definizione unitaria della condizione di disabilità[41]. La riforma mira a ricondurre a un quadro unitario l'accertamento della condizione di disabilità, superando la frammentazione delle procedure precedenti, pur nella persistente specificità delle discipline che regolano le singole prestazioni. In particolare, il decreto legislativo recepisce una definizione di disabilità fondata sull'interazione tra la condizione individuale della persona e le barriere presenti nell'ambiente sociale, stabilendo che «[è] persona con disabilità chi presenta durature compromissioni fisiche, mentali, intellettive o sensoriali che, in interazione con barriere di diversa natura, possono ostacolare la piena ed effettiva partecipazione nei diversi contesti di vita su base di uguaglianza con gli altri, accertate all'esito della valutazione di base».

La riforma ha operato una vera e propria rivoluzione terminologica. Come stabilito dall'art. 3 della l. n. 104 del 1992, come modificato dal d.lgs. n. 62 del 2024, la parola «handicap» è stata sostituita con «condizione di disabilità»; inoltre, non si parla più di «handicappato», ma di «persona con disabilità»; è sparito il riferimento alla «gravità della patologia» e ora si parla di «intensità dei sostegni». Non si tratta di un mero cambiamento lessicale, ma di un mutamento di paradigma che riflette il passaggio dal modello medico al modello dei diritti umani.

Questa impostazione si ispira direttamente al modello biopsicosociale sviluppato dall'Organizzazione mondiale della sanità attraverso la classificazione internazionale del funzionamento, della disabilità e della salute (ICF). Occorre tuttavia precisare che l'attuazione del nuovo sistema è caratterizzata da un regime transitorio, finalizzato a consentire la progressiva sperimentazione delle procedure di valutazione e degli strumenti di presa in carico. In particolare, il legislatore ha previsto una fase di sperimentazione territoriale, mentre l'applica-

[41] Si rinvia ad A. Cecchetti, D. Sabia, G. De Robertis, *Procedura di accertamento della condizione di disabilità secondo il decreto legislativo n. 62/2024*, in *Il progetto di vita*, cit., 70 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

zione generalizzata del nuovo procedimento di valutazione di base è fissata al 1° gennaio 2027. Ne deriva che, nella fase transitoria, il nuovo modello coesiste con le procedure previgenti nei territori non interessati dalla sperimentazione, con conseguenze rilevanti anche sul piano dell'individuazione della disciplina applicabile e delle forme di tutela giurisdizionale.

Il superamento del paradigma esclusivamente medico comporta che la disabilità non venga più considerata soltanto come una menomazione individuale, ma come una condizione che emerge dall'interazione tra fattori sanitari, personali e ambientali. In questa prospettiva, la valutazione della disabilità non si limita ad accertare una condizione patologica, ma mira a individuare l'impatto concreto di tale condizione sulla vita quotidiana della persona e sulla sua partecipazione alla vita sociale.

È necessario, peraltro, distinguere la valutazione di base, finalizzata all'accertamento della condizione di disabilità e all'individuazione delle necessità di sostegno, dalla valutazione multidimensionale, che costituisce il procedimento funzionale all'elaborazione del progetto di vita individuale, personalizzato e partecipato. I due strumenti, pur appartenendo al medesimo disegno riformatore, assolvono dunque funzioni differenti.

Quest'ultima consente di considerare in maniera integrata la pluralità dei bisogni della persona, prendendo in esame la dimensione sanitaria e sociale, la situazione familiare, le condizioni abitative e ambientali, nonché le esigenze di inclusione scolastica, lavorativa e sociale. Essa costituisce pertanto il presupposto per l'elaborazione di interventi personalizzati, coerenti con le aspirazioni e i bisogni della persona interessata.

Il punto di maggiore innovazione della riforma è rappresentato dall'introduzione del progetto di vita individuale, personalizzato e partecipato. Questo strumento «non costituisce un mero adempimento burocratico, ma si configura come il fulcro»[42] del nuovo sistema di presa in carico della persona con disabilità.

Il progetto di vita è finalizzato a definire, in modo integrato e coordinato, gli interventi necessari a garantire la piena partecipazione della persona alla vita sociale, attraverso un percorso personalizzato che tenga conto delle sue aspirazioni, capacità ed esigenze, senza limitarsi all'individuazione delle prestazioni sanitarie o assistenziali.

Elemento centrale di questo modello è la partecipazione attiva del-

[42] Così M. Paladini, *Prefazione*, in *La presa in carico della persona fragile*, cit., IX.

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

la persona con disabilità alla definizione del proprio progetto di vita, in coerenza con il principio di autodeterminazione affermato dalla Convenzione ONU.

Dal punto di vista giuridico-amministrativo, la riforma presenta implicazioni particolarmente rilevanti.

Il nuovo sistema di valutazione e di presa in carico della persona con disabilità attribuisce infatti un ruolo centrale alle amministrazioni pubbliche – in particolare agli enti territoriali e alle aziende sanitarie – nella definizione e nell'attuazione degli interventi.

Ne deriva una crescente complessità delle valutazioni e delle determinazioni affidate alle amministrazioni pubbliche, che devono essere esercitate nel rispetto dei principi costituzionali, dei livelli essenziali delle prestazioni e delle garanzie di partecipazione della persona interessata.

In questo contesto, il ruolo della giurisdizione assume una rilevanza crescente, poiché il giudice è chiamato a verificare che l'azione amministrativa sia effettivamente orientata alla tutela dei diritti fondamentali della persona.

Le controversie relative alla definizione del progetto di vita, all'accesso ai servizi e alla determinazione delle prestazioni rappresentano, dunque, uno degli ambiti in cui il dialogo tra amministrazione e giurisdizione appare destinato ad assumere un'importanza sempre maggiore.

5. *Conclusioni: verso un diritto della fragilità come diritto della persona*

Le considerazioni svolte consentono di trarre alcune riflessioni di carattere generale sul ruolo che la tutela delle persone fragili riveste oggi nell'ordinamento costituzionale.

In primo luogo, il tema della fragilità mette in luce, forse più di ogni altro ambito, la dimensione concreta dei diritti fondamentali.

Se molti diritti costituzionali possono rimanere a lungo sul piano delle enunciazioni di principio, i diritti delle persone fragili si confrontano inevitabilmente con la realtà dei servizi pubblici, delle prestazioni sociali e delle politiche di *welfare*[43]. La loro effettività dipende, quindi, non soltanto dal riconoscimento formale del diritto, ma anche

[43] Sul tema, cfr. D. Tega, *Welfare e crisi davanti alla Corte costituzionale*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n. 2/2014, 303 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

dalla capacità delle istituzioni di predisporre strumenti organizzativi e risorse adeguate a garantirne l'attuazione.

In questa prospettiva, la tutela delle persone fragili rappresenta uno dei principali terreni di verifica della capacità dell'ordinamento di realizzare il principio di uguaglianza sostanziale sancito dall'art. 3, comma 2, della Costituzione. Non si tratta semplicemente di garantire prestazioni assistenziali, ma di rimuovere gli ostacoli che impediscono la piena partecipazione delle persone alla vita sociale. In questo senso, la fragilità non è una condizione che riduce la titolarità dei diritti, ma una situazione che rende ancora più stringente il dovere delle istituzioni di garantire l'effettività delle garanzie costituzionali.

Un secondo elemento di particolare rilievo riguarda il ruolo dei livelli essenziali delle prestazioni.

Nel sistema costituzionale delineato dalla riforma del Titolo V, i livelli essenziali costituiscono lo strumento attraverso cui lo Stato garantisce una tutela uniforme dei diritti civili e sociali sull'intero territorio nazionale. La determinazione dei livelli essenziali rappresenta, dunque, uno dei principali meccanismi attraverso cui si realizza l'equilibrio tra autonomia territoriale e unità della Repubblica. Nel settore della tutela delle persone fragili, questo equilibrio assume particolare rilevanza, poiché la qualità e la disponibilità dei servizi sociali e sociosanitari possono variare sensibilmente da un territorio all'altro.

Un terzo profilo riguarda il ruolo della giurisdizione.

Le controversie in materia di servizi sociali, di assistenza alle persone con disabilità e di accesso alle prestazioni sociosanitarie mostrano come il giudice sia sempre più spesso chiamato a confrontarsi con questioni che riguardano direttamente la tutela dei diritti fondamentali della persona.

In questi casi, il sindacato giurisdizionale non si limita alla verifica della legittimità formale dell'azione amministrativa, ma si estende anche alla valutazione della sua conformità ai principi costituzionali di uguaglianza, solidarietà e tutela della dignità della persona. Ciò non implica, naturalmente, la negazione della rilevanza dei vincoli finanziari, che costituiscono un elemento inevitabile nella gestione delle politiche pubbliche; tuttavia, l'equilibrio di bilancio non può diventare l'unico criterio di regolazione dei diritti sociali, soprattutto quando sono in gioco situazioni di particolare vulnerabilità.

La tutela delle persone fragili si colloca, dunque, all'intersezione tra diverse dimensioni dell'ordinamento: costituzionale, amministrativa, finanziaria e organizzativa. Proprio per questo motivo, essa ri-

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

chiede un approccio capace di integrare principi giuridici, politiche pubbliche e strumenti amministrativi.

Le recenti riforme legislative, e in particolare l'introduzione del progetto di vita individuale, personalizzato e partecipato, sembrano muoversi in questa direzione, cercando di sviluppare modelli di intervento più attenti alla persona e alla complessità dei suoi bisogni.

Resta tuttavia aperta una sfida fondamentale: trasformare i principi affermati dalle norme e dalla giurisprudenza in strumenti effettivamente capaci di incidere sulla vita concreta delle persone.

A tal fine, la tutela delle persone fragili rappresenta uno dei banchi di prova più significativi della capacità dello Stato costituzionale di mantenere le promesse di eguaglianza e dignità contenute nella Costituzione.

Se è vero che la qualità di un ordinamento giuridico si misura anche dalla sua capacità di proteggere le persone più vulnerabili, allora il modo in cui vengono garantiti i diritti delle persone fragili costituisce un indicatore particolarmente significativo della tenuta democratica e costituzionale dello Stato di diritto.

In fondo, la tutela delle persone fragili ci ricorda che i diritti fondamentali non vivono soltanto nelle norme, ma soprattutto nelle decisioni delle istituzioni e nelle pronunce dei giudici. È anche per questo che la giurisdizione rappresenta uno dei luoghi privilegiati in cui la Costituzione continua, ogni giorno, a prendere forma.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

Giuseppe Arconzo

La tutela dei diritti delle persone con disabilità dinanzi al giudice ordinario: sfide e prospettive nel nuovo quadro normativo

Sommario: 1. Premessa: il ruolo fondamentale dei giudici nella tutela dei diritti delle persone con disabilità. – 2. Il d.lgs. n. 222 del 2023: il *focus* sull'accessibilità e sui «nuovi» oneri delle pubbliche amministrazioni. – 3. Il d.lgs. n. 20 del 2024: l'Autorità Garante nuovo attore co-protagonista nella tutela dei diritti delle persone con disabilità. – 4. *Segue*. Le azioni processuali del Garante con particolare riferimento all'accomodamento ragionevole. – 5. Il d.lgs. n. 62 del 2024: la nuova «valutazione di base». – 6. *Segue*. Le difficoltà attuative della sperimentazione. – 7. Il «nuovo» progetto di vita indipendente. – 8. Conclusioni.

1. *Premessa: il ruolo fondamentale dei giudici nella tutela dei diritti delle persone con disabilità*

Secondo quanto emerge dalle ricerche promosse dall'*Osservatorio giuridico Human Hall sui diritti delle persone con disabilità* dell'Università Statale di Milano, sono sempre di più le persone con disabilità costrette a rivolgersi al giudice per poter ottenere effettiva tutela dei loro diritti. Ciò avviene in tutti gli ambiti di vita: dall'accertamento delle condizioni di disabilità allo studio, dal lavoro all'accessibilità, dalla vita indipendente all'amministrazione di sostegno, ecc. Ne è una chiara testimonianza il rapporto redatto dal citato *Osservatorio* relativo alla giurisprudenza del 2025[1], nel quale sono state analizzate oltre 2000 decisioni, con un significativo aumento delle pronunce rispetto a quelle dei due anni precedenti[2].

[1] G. Arconzo (a cura di), *La giurisprudenza sui diritti delle persone con disabilità - Anno 2025 - Terzo rapporto annuale*, Milano University Press, 2026.

[2] Cfr. G. Arconzo (a cura di, in collaborazione con il centro antidiscriminatorio F. Bomprezzi-Ledha), *La giurisprudenza sui diritti delle persone con disabilità. Anno 2024. Secondo rapporto annuale*, Tgbook editore, 2025; G. Arconzo, S. Bissaro (a cura di), *La giurisprudenza sui diritti delle persone con disabilità. Anno 2023. Primo rapporto annuale*, Tgbook editore, 2024. Tutti i rapporti sono liberamente scaricabili dal sito internet *https://osservatoriodisabilitahumanhall.unimi.it/*.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

Non sembrano dunque sufficienti le tante norme che pure ormai da tempo hanno previsto – in piena aderenza al principio di eguaglianza sostanziale – una serie di misure necessarie per dare concretezza ai diritti fondamentali delle persone con disabilità: il *corpus* normativo sconta evidentemente un grado di effettività alquanto ridotto. Oltre all'elevato numero di ricorsi al giudice, ciò è altresì confermato dalle tante discriminazioni subite dalle persone con disabilità che spesso riempiono le pagine dei siti internet specializzati, e talvolta i mezzi di informazione generalista. Se ne trae ulteriore conferma anche dalle tante segnalazioni che hanno raggiunto l'Autorità Garante Nazionale dei diritti delle persone con disabilità nel suo primo anno di funzionamento[3].

In questo contesto, sono di recente intervenute, a livello normativo, le riforme apportate a seguito dell'approvazione, con il voto unanime del Parlamento, della l. 22 dicembre 2021, n. 227 (Delega al Governo in materia di disabilità). Si tratta di una legge molto ambiziosa, promossa con l'obiettivo di colmare le distanze che, in alcuni settori dell'ordinamento, erano ancora sussistenti tra quanto sancito a livello interno e quanto previsto dalla Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità, pur ratificata in Italia già con la l. 3 marzo 2009, n. 18[4].

[3] Nella prima relazione annuale al Parlamento e al Ministro per le disabilità relativa all'anno 2025, presentata alla Camera dei deputati il 15 aprile 2026 (*https://www.garantedisabilita.it/wp-content/uploads/2026/04/RELAZIONE-2025-sfogliabile_completa_AGNDD_.pdf*) si legge che le segnalazioni nell'anno 2025 sono state circa milletrecento.

[4] Numerosi sono gli articoli di dottrina che hanno studiato e commentato i principali contenuti della riforma. *Ex multis*, A. Candido, *La definizione e l'accertamento della condizione di disabilità nella l. n. 227 del 2021: un radicale cambio di paradigma*, in E. Vivaldi (a cura di), *Il progetto di vita della persona con disabilità. Dal PNRR al decreto legislativo numero 62/2024*, Pisa, 2025, 31 ss.; F. Masci, *P.N.R.R., delega al Governo in materia di disabilità e legge di bilancio 2022: per un paradigma di tutela costituzionale che garantisca la riduzione del «disability divide»,* in *Costituzionalismo*, n. 3/2022, 87 ss.; Id., *Persona, scienza e linguaggio: l'inattuazione del programma costituzionale in materia di disabilità e dei relativi livelli essenziali delle prestazioni*, in *Corti supreme e salute*, n. 2/2024; E. Vivaldi, *PNRR e disabilità: misure e interventi per l'attuazione del diritto alla vita indipendente, in Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, n. 4/2022, 630 ss.; L. Busatta, *Empowerment e disabilità: lavoro e istruzione quali veicoli di realizzazione della persona*, in *Federalismi.it*, n. 5/2025, 213 ss., nonché, volendo, G. Arconzo, *Le politiche per la disabilità nel quadro del PNRR*, in *Passaggi Costituzionali*, n. 5/2023, 151 ss. e G. Arconzo,

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Con non poche difficoltà[5], sono stati poi approvati, tra il dicembre del 2023 e il maggio del 2024, i tre decreti legislativi – tra l'altro già oggetto di numerose e non irrilevanti modifiche[6] – chiamati a concretizzare e a dare attuazione ai principi contenuti nella legge delega. Siamo in presenza di decreti che dovrebbero determinare cambiamenti destinati a incidere in modo significativo su numerosi ambiti di vita delle persone con disabilità[7]. Quello che si proverà a dimostrare nel corso delle pagine che seguono è che alcune di tali norme dovrebbero avere importanti ripercussioni anche sul sempre più fondamentale ruolo del giudice nella garanzia dei diritti di tali persone. Proprio al fine di identificare tali ripercussioni – sia sulla vita quotidiana delle persone con disabilità, sia sull'attività giudiziaria – è opportuno analizzare partitamente il contenuto dei tre decreti legislativi attuativi della l. n. 227 del 2021.

L'incerto avvio delle riforme in tema di disabilità previste dalla legge n. 227 del 2021, in *Federalismi.it*, n. 16/2025.

[5] Basti pensare che, nel testo originario della l. n. 227 del 2021, il termine per l'adozione dei decreti legislativi era stato fissato in 20 mesi dall'entrata in vigore della legge stessa, per consentire l'approvazione dei decreti legislativi entro agosto 2023. Considerati i ritardi, con l'art. 1, comma 5, della legge di conversione 24 febbraio 2023, n. 14, del d.l. 29 dicembre 2022, n. 198, il suddetto termine è stato poi posticipato al 15 marzo 2024.

[6] In particolare, cfr. il d.lgs. 18 giugno 2026, n. 123 (Disposizioni integrative e correttive al d.lgs. 5 febbraio 2024, n. 20, recante istituzione dell'Autorità Garante nazionale dei diritti delle persone con disabilità) e l'art. 7 del d.l. 19 febbraio 2026, n. 19 (Ulteriori disposizioni urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e in materia di politiche di coesione) convertito, con modificazioni, dalla l. 20 aprile 2026, n. 50. Altre modifiche ai testi dei decreti legislativi sono state analizzate in G. Arconzo, *L'incerto avvio delle riforme*, cit., *passim.*

[7] Gli studi dottrinali sui diritti delle persone con disabilità nella prospettiva costituzionale sono andati via via crescendo negli ultimi anni: solo per restare alle analisi monografiche, cfr. A. Candido, *Disabilità e prospettive di riforma*, Milano, 2017; C. Colapietro, F. Girelli, *Persone con disabilità e Costituzione,* Napoli, 2020; E. Vivaldi, *Disabilità mentali e vita indipendente,* Napoli, 2023; F. Masci, *A contribution to the study of disability in the Italian constitutional system*, Napoli, 2024; A. Lovece, M. Verga, *La vita indipendente per le persone con disabilità. Un diritto fondamentale,* Milano, 2024, e, volendo, G. Arconzo, *I diritti delle persone con disabilità. Profili costituzionali*, Milano, 2020. Sottolinea la natura intrinsecamente multidisciplinare del tema A. Candido, *La tutela della persona con disabilità. L'importanza di uno studio sistematico e multidisciplinare,* in A. Candido (a cura di), *La presa in carico della persona fragile. Un dialogo tra giurisdizioni su questioni di diritto sociosanitario e socioassistenziale*, Milano, 2025, 2 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

2. *Il d.lgs. n. 222 del 2023: il* focus *sull'accessibilità e sui «nuovi» oneri delle pubbliche amministrazioni*

Il primo dei tre decreti legislativi approvati, e forse anche il meno conosciuto, è il d.lgs. 13 dicembre 2023, n. 222 (Disposizioni in materia di riqualificazione dei servizi pubblici per l'inclusione e l'accessibilità, in attuazione dell'art. 2, comma 2, lettera *e)*, della l. 22 dicembre 2021, n. 227).

Innanzitutto, occorre dar conto del fatto che l'art. 1, comma 2, del citato decreto legislativo introduce per la prima volta nel nostro ordinamento una nozione generale di accessibilità[8]. Per essa deve intendersi «l'accesso e la fruibilità, su base di eguaglianza con gli altri, dell'ambiente fisico, dei servizi pubblici, compresi i servizi elettronici e di emergenza, dell'informazione e della comunicazione, ivi inclusi i sistemi informatici e le tecnologie di informazione in caratteri Braille e in formati facilmente leggibili e comprensibili, anche mediante l'adozione di misure specifiche per le varie disabilità ovvero di meccanismi di assistenza o predisposizione di accomodamenti ragionevoli»[9].

Una prospettiva molto ampia, sia con riferimento al novero di ciò che deve essere accessibile, sia con riferimento all'ampliamento della prospettiva di accessibilità, che richiede oggi anche la piena fruibilità, alla luce del principio guida della non discriminazione, di servizi, beni ed oggetti.

Ora, se è vero che la previsione normativa richiamata circoscrive la propria portata soltanto «ai fini del presente decreto» – e dunque con riferimento ai soli oneri, di cui si dirà a breve, che pone a carico delle pubbliche amministrazioni – è possibile ritenere che la definizione di accessibilità appena citata, che riprende del resto in modo quasi pedissequo quella utilizzata nella Convenzione ONU sui diritti

[8] La l. 9 gennaio 2004, n. 4 (Disposizioni per favorire e semplificare l'accesso degli utenti e, in particolare, delle persone con disabilità agli strumenti informatici) contiene una definizione di accessibilità molto più settoriale, essendo relativa soltanto ai sistemi informatici. L'art. 2, comma 1, lett. *a)*, della legge citata (più nota come «Legge Stanca») afferma infatti che per accessibilità si intende «la capacità dei sistemi informatici ivi inclusi i siti web e le applicazioni mobili, nelle forme e nei limiti consentiti dalle conoscenze tecnologiche, di erogare servizi e fornire informazioni fruibili, senza discriminazioni, anche da parte di coloro che a causa di disabilità necessitano di tecnologie assistive o configurazioni particolari».

[9] In dottrina, di recente, cfr. V. Pupo, *La progressiva attuazione del principio di accessibilità delle persone con disabilità*, in *Rivista AIC*, n. 4/2023, 93 ss.

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

delle persone con disabilità[10], abbia in realtà una portata ermeneutica molto più ampia e possa dunque costituire un riferimento per tutti i giudici chiamati a garantire l'accessibilità di servizi, prodotti, luoghi, strumenti, eventi, ecc.

In questa prospettiva, va osservato che il tema dell'accessibilità ha via via assunto un rilievo sempre più importante anche in ambiti tradizionalmente non considerati rilevanti. Basti pensare al d.lgs. 27 maggio 2022, n. 82, recante «Attuazione della direttiva (UE) 2019/882 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, sui requisiti di accessibilità dei prodotti e dei servizi», con il quale è stato recepito il cosiddetto *European Accessibility Act*, che ha individuato una serie di requisiti minimi di accessibilità per una serie molto ampia di beni e servizi (siti *web*, servizi bancari, terminali *self service* per l'emissione di biglietti di trasporto, lettori di libri elettronici, ecc.).

Del resto, anche la giurisprudenza sempre più spesso è chiamata ad occuparsi di questioni che riguardano l'accessibilità in una prospettiva molto più ampia di quella relativa all'abbattimento delle barriere architettoniche: basti pensare al noto caso dell'Arena di Verona, in cui l'impossibilità di poter vedere il palcoscenico durante un concerto – nonostante la presenza di una postazione *ad hoc* per le persone con disabilità, la cui visuale era però impedita dalla presenza degli altri spettatori che si trovavano davanti a tale postazione – è stata considerata alla stregua di una discriminazione indiretta[11].

Può essere citato un altro caso rilevante ai nostri fini, in cui il Tribunale di Roma ha dichiarato discriminatoria la condotta del Comune di Cerveteri poiché il mancato funzionamento del montascale situato all'ingresso di uno degli uffici comunali aveva portato un avvocato a svolgere il proprio incarico professionale nei giardini antistanti lo stabile. Poco conta, afferma il giudice, che l'avvocato fosse riuscito comunque a svolgere il suo mandato: il solo fatto di chiedere supporto e assistenza

[10] Secondo l'art. 9, par. 1, della Convenzione ONU, «Al fine di consentire alle persone con disabilità di vivere in maniera indipendente e di partecipare pienamente a tutti gli aspetti della vita, gli Stati Parti adottano misure adeguate a garantire alle persone con disabilità, su base di uguaglianza con gli altri, l'accesso all'ambiente fisico, ai trasporti, all'informazione e alla comunicazione, compresi i sistemi e le tecnologie di informazione e comunicazione, e ad altre attrezzature e servizi aperti o forniti al pubblico, sia nelle aree urbane che in quelle rurali».

[11] G. Patarini, *L'inclusione delle persone con disabilità attraverso il diritto all'accessibilità. Nota a Tribunale di Verona, prima sezione civile, ordinanza 20 marzo 2023*, in *Osservatorio AIC*, n. 4/2023, 135 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

al personale del Comune e di restare in attesa all'esterno dell'edificio, ha determinato una lesione della sua dignità personale e professionale qualificabile alla stregua di una discriminazione diretta e indiretta[12].

Insomma, la definizione di accessibilità prevista dal d.lgs. n. 222 del 2023 è una di quelle previsioni che, opportunamente interpretata dai giudici che saranno interpellati sul punto, potrà portare ad una implementazione molto attiva degli obblighi relativi all'accessibilità.

Oltre a soffermarsi sul concetto di accessibilità, il d.lgs. in esame impone a tutte le pubbliche amministrazioni il rispetto di alcuni nuovi oneri volti a migliorare, da un lato, l'inclusione e, per l'appunto, a «garantire l'accessibilità alle pubbliche amministrazioni da parte delle persone con disabilità» e, dall'altro, ad assicurare «uniformità della tutela dei lavoratori con disabilità» presso le stesse pubbliche amministrazioni.

Si tratta, in generale, di azioni che, incidendo sulle modalità organizzative delle PA, dovrebbero migliorare significativamente il complessivo approccio delle amministrazioni in materia.

Così, si prevede, all'art. 3, che nelle PA con più di cinquanta dipendenti venga nominato un dirigente[13], con adeguata esperienza e formazione in tema di inclusione sociale, chiamato a definire, nell'ambito del Piano Integrato di Attività e Organizzazione (P.I.A.O.)[14], le specifiche

[12] Trib. Roma, sez. Diritti della persona e immigrazione, sent. 27 gennaio 2026, consultabile in *https://osservatoriodisabilitahumanhall.unimi.it/2026/03/16/trib-roma-sez-diritti-della-persona-e-immigrazione-sent-27-gennaio-2026/*.

[13] I nomi di tali dirigenti dovranno essere comunicati non soltanto al Dipartimento Funzione Pubblica della Presidenza del Consiglio dei Ministri, ma anche all'Autorità Garante nazionale dei diritti delle persone con disabilità, in virtù della modifica introdotta dall'art. 7, comma 5, del d.l. 19 febbraio 2026, n. 19 (Ulteriori disposizioni urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e in materia di politiche di coesione), all'art. 6, comma 2 *bis*, del d.l. n. 80 del 2021. La norma prevede che le PA con meno di cinquanta dipendenti non abbiano l'obbligo segnalato, ma possano comunque applicare tale previsione.

[14] Sulla genesi, le caratteristiche e le criticità di questo strumento, introdotto dall'art. 6 del d.l. 9 giugno 2021, n. 80, convertito in l. 6 agosto 2021, n. 113, si vedano A. Corrado, *La difficile strada della semplificazione imboccata dal PIAO,* in *Federalismi.it,* n. 27/2022, 186 ss.; C. Tubertini, *La nuova pianificazione integrata dell'attività e dell'organizzazione amministrativa,* in *Giornale di diritto amministrativo*, 2022, 614 ss.; S. Villamena, *PIAO e valore pubblico,* in *Diritto e società,* n. 3/2023, 569 ss.; E. Deidda Gagliardo, R. Saporito, *Il Piao come strumento di programmazione integrata per la creazione di Valore pubblico*, in *Rivista Italiana di Public Management*, vol. 4, n. 2/2021, 196-236.

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

modalità e le azioni finalizzate a realizzare la piena accessibilità alle amministrazioni, fisica e digitale, da parte dei cittadini con disabilità. Azioni che devono essere incluse tra gli obiettivi programmatici e strategici di *performance*, sia a livello individuale che organizzativo, nonché a livello di definizione, di gestione e formazione del capitale umano. Per dare maggior peso a tali indicazioni, l'art. 4 dispone che l'effettivo raggiungimento di tali obiettivi rilevi nella valutazione della *performance* individuale e organizzativa, anche ai fini dell'erogazione di premi e componenti del trattamento retributivo legati alla *performance* stessa.

Ora, è chiaro che se tali previsioni trovassero effettiva applicazione da parte di tutte le pubbliche amministrazioni, pur in un periodo medio-lungo, si dovrebbe effettivamente vedere un miglioramento dell'attenzione ai diritti delle persone con disabilità. In questa prospettiva, molto passerà anche dall'effettivo controllo sui documenti di programmazione e di *performance*, cui, come è noto, sono deputati gli organismi indipendenti di valutazione (OIV) presenti in ogni amministrazione. Il legislatore delegato, all'art. 5, ha introdotto, a tal fine, anche la possibilità che, secondo quanto definito dai singoli OIV, le associazioni maggiormente rappresentative delle persone con disabilità iscritte al Registro unico nazionale del terzo settore – e, con l'entrata in vigore del d.l. n. 19 del 2026, anche il Garante nazionale – partecipino alla formazione del PIAO, e presentino osservazioni sui relativi profili contenuti nel piano della *performance*, ovviamente nella parte relativa agli obiettivi di inclusione e accessibilità. L'impressione è che questa novità sia molto apprezzabile e condivisibile dal punto di vista teorico, ma che, almeno nell'attuale momento storico, si presenti di particolare difficoltà attuativa. Basti pensare, da una parte, a come possa essere complicato individuare le realtà associative con maggiore rappresentatività, e dall'altra parte, all'estrema complessità delle procedure e delle documentazioni legate al ciclo della *performance*. Certo – questo va evidenziato – se una simile previsione normativa venisse presa sul serio, le associazioni delle persone con disabilità potrebbero giocare un ruolo davvero centrale in un contesto che, pur molto tecnico, consentirebbe di aiutare le amministrazioni a meglio definire gli obiettivi di inclusione.

Per quanto concerne invece la condizione dei lavoratori e delle lavoratrici con disabilità all'interno delle pubbliche amministrazioni, l'art. 6 del d.lgs. n. 222 del 2023 stabilisce che in tutte le PA sia nominato un responsabile dell'inserimento lavorativo delle persone con

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

disabilità[15] e che costui sia opportunamente formato. Si tratta dell'ampliamento di una previsione che, già dal 2017, era imposta alle pubbliche amministrazioni con più di duecento dipendenti[16]. In questa prospettiva, non è da escludere che l'assenza di tale figura all'interno delle pubbliche amministrazioni possa essere considerata – laddove ciò determini situazioni discriminatorie nei confronti di lavoratori e lavoratrici con disabilità – come sintomatica di atteggiamenti discriminatori censurabili dal giudice del lavoro eventualmente adito.

In definitiva, le novità contenute nel d.lgs. n. 222 del 2023 appaiono certamente importanti: esse potrebbero effettivamente migliorare l'attenzione delle PA ai diritti delle persone con disabilità. Sarà però ovviamente indispensabile verificare se e come nelle varie PA tutto ciò verrà attuato.

3. *Il d.lgs. n. 20 del 2024: l'Autorità Garante nuovo attore co-protagonista nella tutela dei diritti delle persone con disabilità*

Il secondo dei tre decreti attuativi, il d.lgs. 5 febbraio 2024, n. 20, ha istituito l'Autorità Garante Nazionale dei diritti delle persone con disabilità[17]. Si tratta di un organo di natura indipendente che – sulla

[15] Su questa figura, in dottrina, cfr. F. Pacifico, *Accomodamenti ragionevoli per il lavoro delle persone con disabilità: innovazioni legislative e orientamenti giurisprudenziali*, in *Il diritto del mercato del lavoro*, 2024, 557 ss., in particolare 571; C. Spinelli, *L'inclusione lavorativa delle persone con disabilità: quadro regolativo e modelli organizzativi*, in *Diritto e società,* 2024, in particolare 344 ss.; F. Limena, *Il restyling della L. n. 68/1999 sul collocamento dei disabili*, in *Il lavoro nella giurisprudenza,* n. 5/2016, 433, che lo definisce «reale, per quanto piccolo, passo avanti rispetto agli strumenti già contemplati dalla l. n. 68/1999»; F. Ferzetti, *Anatomia del Disability manager*, in *Federalismi.it*, n. 28/2025, 100 ss.; G. Mancini Palamoni, *Il responsabile dei processi di inserimento delle persone con disabilità nelle pubbliche amministrazioni*, in *Federalismi.it*, n. 16/2026, 146 ss.

[16] Cfr. l'art. 10, comma 1, del d.lgs. n. 75 del 2017, che ha introdotto l'art. 39 *ter* del d.lgs. n. 165 del 2001.

[17] Su cui si veda F. Girelli, *L'Autorità «Garante nazionale dei diritti delle persone con disabilità»*, in E. Vivaldi (a cura di), *Il progetto di vita della persona con disabilità. Dal PNRR al decreto legislativo n. 62/2024*, Pisa, 2025, 85 ss.; L. Manca, *Il garante nazionale dei diritti delle persone con disabilità nella prospettiva del diritto internazionale*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 1/2024; S. Di Giglia, *La figura del garante della persona con disabilità. Venti anni di storia, dalla nascita ai nostri giorni*, Palermo, 2024; D. Piccione, *Profilo costituzionale del Garante Nazionale dei diritti delle persone con disabilità*, in C. Tarantino, M. Verga (a

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

falsariga dei compiti e delle funzioni attribuiti al Garante Nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale[18]– ha il compito di vigilare sul rispetto dei diritti delle persone con disabilità.

Nel dicembre del 2024, dando seguito a quanto previsto dall'art. 2, comma 6, del d.lgs. n. 20 del 2024, i presidenti di Camera e Senato hanno nominato i tre componenti dell'Autorità. In disparte le criticità legate a questa previsione – legata alla convinzione, invero smentita dalla prassi parlamentare ultradecennale, che i Presidenti di Assemblea, quali arbitri imparziali, svolgano con neutralità *super partes* tutte le funzioni loro assegnate e che, dunque, una simile scelta possa costituire condizione sufficiente per garantire anche l'indipendenza dei nominati[19] – dal 1° gennaio 2025, dunque, l'Autorità stessa è formalmente in carica[20].

Con il più recente d.lgs. n. 123 del 2026 sono state apportate alcune significative novità alle prerogative, già previste nel testo originario degli artt. 4, 5 e 6 del d.lgs. n. 20 del 2024, di cui è titolare il Garante. Prerogative che trovano un loro primo riscontro nelle attività del primo anno, sintetizzate nella già citata relazione annuale al Parlamento. Le norme citate prevedono una articolata serie di funzioni che, in alcuni casi, si presentano come competenze di carattere generale e, in altri casi, come compiti più specificamente delineati.

cura di), *Aspetti e aspettative della riforma della disabilità*, *Dossier di Sociologia del diritto*, n. 1/2025, 315 ss.

[18] La figura del Garante delle persone private della libertà personale è stata prevista dall'art. 7 del d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, convertito con modificazioni dalla l. 21 febbraio 2014, n. 10. Negli anni scorsi, il Garante delle persone detenute si è più volte confrontato con i diritti delle persone con disabilità. Sul punto, cfr. G. Losito, C. Pizzo, *Genealogia di una nuova competenza. Il Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà e la disabilità*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 2/2021, 445 ss.

[19] Come osservano L. Gianniti, N. Lupo, *Corso di diritto parlamentare*, IV ed., Bologna, 2023, 171 ss., ed in particolare 175, dal 1994 è stata «messa in discussione l'idea che i Presidenti fossero i soggetti più adatti a operare nomine pubbliche caratterizzate da un alto tasso di indipendenza», tanto che per le autorità indipendenti create dopo quella data sono stati previsti sistemi di nomina diversi. Ho sviluppato considerazioni critiche più ampie sul punto in G. Arconzo, *L'incerto avvio delle riforme in tema di disabilità previste dalla legge n. 227 del 2021*, cit.

[20] Cfr. anche i due Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri del 12 settembre 2024, che hanno rispettivamente istituito il ruolo del personale dipendente (*https://disabilita.governo.it/media/tchdufcf/2024912-dpcm-ruolo-garante-disabilita.pdf*) e individuato la sede dell'Ufficio del Garante nazionale (*https://disabilita.governo.it/media/vuib21fj/2024912-dpcm-sede-garante-disabilita.pdf*).

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

Tra le prime rientrano la vigilanza sul rispetto dei diritti delle persone con disabilità (art. 4, comma 1, lett. *a*), la promozione dell'effettivo godimento dei loro diritti (art. 4, comma 1, lett. *c*), il contrasto ai fenomeni di discriminazione (art. 4, comma 1, lett. *b*), la possibilità di svolgere verifiche di diverso genere (art. 4, comma 1, lett. *e*), la promozione di campagne di comunicazione (art. 4, comma 1, lett. *h*), la collaborazione con altri organismi istituiti a livello internazionale, nazionale, regionale o locale (art. 4, comma 1, lett. *i* e lett. *r*), la consultazione con le associazioni (art. 4, comma 1, lett. *c* e art. 4, comma 3), la trasmissione della relazione annuale al Parlamento (art. 4, comma 1, lett. *m*), la raccolta delle buone prassi e dei modelli di accomodamenti ragionevoli (art. 4, comma 1, lett. *q*).

Si tratta di competenze importanti, che possono chiaramente contribuire a innalzare il livello di attenzione sulle discriminazioni quotidianamente subite dalle persone con disabilità. È pur vero che, però, quelle appena elencate non sembrano poter incidere in modo diretto e immediato sulla vita dei singoli.

Più rilevanti, a questo scopo, sono gli altri compiti, più specifici, attribuiti al Garante.

Particolare rilievo assume la possibilità di esprimere motivati pareri che rispondano alle segnalazioni dei cittadini (art. 4, comma 1, lett. *d*), proponendo, qualora le segnalazioni riguardino le pubbliche amministrazioni e i concessionari di servizi pubblici[21], gli accomodamenti ragionevoli o i cronoprogrammi per la rimozione delle barriere (art. 5, commi 1, 2 e 3). Nel caso di rischi di danni gravi e irreparabili il Garante può proporre l'adozione di misure provvisorie (art. 5, comma 4). Il Garante ha poi il potere di richiedere alle pubbliche amministrazioni e ai concessionari di pubblici servizi le informazioni necessarie allo svolgimento delle sue funzioni, eventualmente proponendo ricorso in caso di silenzio, secondo le procedure previste dall'art. 116 del Codice del processo amministrativo (art. 4, comma 1, lett. *f*). Ancora, può formulare raccomandazioni e pareri per le PA e i concessionari di pubblici servizi in relazione alle segnalazioni ricevute, proponendo altresì le misure utili a superare le criticità riscontrate (art. 4, comma 1,

[21] L'unica eccezione sembrerebbe riguardare la presenza di barriere architettoniche per gli edifici privati che forniscono strutture e servizi aperti o forniti al pubblico. A tal proposito l'art. 5, comma 3, del d.lgs. n. 20 del 2024, parrebbe consentire al Garante, nel rivolgersi comunque soltanto alle amministrazioni competenti, di adottare un cronoprogramma e di vigilare sugli stati di avanzamento nell'eliminazione delle barriere presenti in edifici privati.

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

lett. *g*, nonché art. 5). Sempre nel rapporto con le PA e i concessionari di pubblici servizi, il d.lgs. n. 123 del 2026 ha previsto che il Garante possa essere consultato da tali soggetti al fine di formulare «pareri non vincolanti con riferimento ai regolamenti e atti di natura generale che abbiano incidenza diretta e immediata sui diritti delle persone con disabilità» (art. 4, comma 1, lett. *b bis*). Da ultimo, ma non certo per importanza, è prevista la possibilità che il Garante possa visitare gli istituti penitenziari (art. 4, comma 1, lett. *o*), e le strutture in cui si garantiscono i servizi pubblici essenziali, evidentemente – anche se la legge non lo dice – con particolare riferimento ai luoghi di cura e di assistenza.

4. Segue. *Le azioni processuali del Garante, con particolare riferimento all'accomodamento ragionevole*

Qualche parola a parte deve essere spesa sulla possibilità riconosciuta al Garante di agire e resistere in giudizio a difesa delle sue prerogative (art. 4, comma 1, lett. *p*)[22]. Sulla portata di questa previsione ha del resto inciso significativamente il già citato d.lgs. n. 123 del 2026, che ha modificato anche l'art. 6 del d.lgs. n. 20 del 2024, oggi rubricato emblematicamente «Azione processuale del Garante». La versione originaria prevedeva unicamente la possibilità per il Garante di agire processualmente, ai sensi dell'art. 31 del Codice del processo amministrativo, avverso il silenzio osservato dalle pubbliche amministrazioni dopo l'adozione del parere del Garante stesso, oltre al rarissimo caso dell'accertamento delle nullità del provvedimento amministrativo.

Se l'azione avverso il silenzio resta prevista nel novellato art. 6[23],

[22] Sul punto si veda anche l'art. 7, comma 7, del d.l. 19 del 2026, che ha individuato il Garante come soggetto legittimato ad agire – nell'ambito dei ricorsi per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici di cui al d.lgs. n. 198 del 2009 – nelle ipotesi di mancata attuazione o violazione dei livelli di qualità dei servizi essenziali per l'inclusione sociale e l'accessibilità delle persone con disabilità.

[23] Cfr., in particolare, l'art. 6, comma 1, lett. *b*), che riconosce al Garante la possibilità di agire in giudizio «contro l'inerzia serbata sulle indicazioni cronoprogrammatiche di cui all'articolo 5, comma 3». Previsione, questa, che va letta insieme a quanto dispone il novellato art. 5, comma 3, il cui secondo capoverso, aggiunto dal d.lgs. n. 123 del 2026, precisa ora che «[n]el caso di mancata ottemperanza, il Garante può agire in giudizio ai sensi dell'articolo 6, anche al fine di chiedere la nomina di un commissario *ad acta*».

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

essa è però accompagnata dalla possibilità – ben più rilevante – di chiedere l'annullamento degli atti e dei provvedimenti che le amministrazioni dovessero adottare senza conformarsi in modo adeguato alle indicazioni contenute nei pareri che il Garante avrà emesso, ai sensi del citato art. 5, comma 2, a seguito delle segnalazioni provenienti dai privati. Altrimenti detto, qualora il Garante dovesse riscontrare profili di illegittimità – legati ad una difformità rispetto a quanto dallo stesso segnalato nei pareri con riferimento ai diritti delle persone con disabilità – potrà rivolgersi al giudice amministrativo per accertare l'illegittimità e l'annullamento dell'atto in questione. Si tratta di una previsione che trova un suo precedente nella normativa che disciplina i poteri dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato (AGCM)[24].

Analoga possibilità di ricorso al giudice amministrativo è attribuita al Garante sia nel caso di mancato recepimento della proposta di adozione delle misure provvisorie qualora nel parere ravvisi il pericolo di danni gravi e irreparabili, secondo quanto previsto dall'art. 5, comma 4, del d.lgs. n. 20 del 2024, sia nel caso di difformità rispetto al contenuto del parere richiesto dalle stesse pubbliche amministrazioni, sia nelle ipotesi di cui al nuovo comma 1 dell'art. 4 del d.lgs. n. 198 del 2009 (cfr., *supra*, nota 22).

Per tutte le azioni appena citate, si applica il rito processuale abbreviato secondo quanto previsto dagli artt. 119 e ss. del Codice del processo amministrativo.

Ulteriore novità introdotta dal d.lgs. n. 123 del 2026 è la possibilità per il Garante di intervenire nei giudizi a supporto delle persone con disabilità che hanno instaurato un giudizio, sia amministrativo che antidiscriminatorio.

Se è vero che il d.lgs. n. 123 del 2026 conferisce maggior chiarezza al quadro normativo, va però tenuto presente che sussiste un elemento

[24] In particolare, l'art. 21 *bis* della l. 10 ottobre 1990, n. 287 (Norme per la tutela della concorrenza e del mercato), introdotto dal d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, attribuisce all'AGCM la possibilità di agire in giudizio ogni qualvolta le amministrazioni pubbliche violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato. Si prevede però al comma 2, che l'AGCM possa, in via preventiva, emettere entro sessanta giorni, qualora ritenga che una pubblica amministrazione abbia emanato un atto in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, un parere motivato, nel quale indica gli specifici profili delle violazioni riscontrate. Nel caso in cui la pubblica amministrazione non si conformi nei sessanta giorni successivi alla comunicazione del parere, l'AGCM può presentare, tramite l'Avvocatura dello Stato, un ricorso, entro i successivi trenta giorni.

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

di complicazione legato a quanto previsto dall'art. 5 *bis* della l. n. 104 del 1992, introdotto dall'art. 17 del d.lgs. n. 62 del 2024.

La norma citata introduce per la prima volta nel nostro ordinamento una disciplina di portata generale sull'accomodamento ragionevole, prima riconosciuto solo in ambito lavorativo dall'art. 3, comma 3 *bis*, del d.lgs. n. 216 del 2003, come modificato dal d.l. n. 76 del 2013. Quello dell'accomodamento ragionevole è un concetto che trae le sue origini dalla direttiva 2000/78/CE e vede, a livello internazionale, la sua consacrazione nella Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità. Oggi, con il d.lgs. n. 62 del 2024, si considerano alla stregua di accomodamenti ragionevoli «le misure e gli adattamenti necessari, pertinenti, appropriati e adeguati, che non impongano un onere sproporzionato o eccessivo al soggetto obbligato». La predisposizione di un accomodamento ragionevole può essere necessaria in casi particolari, in via sussidiaria, per garantire alle persone con disabilità il godimento e l'esercizio, su base di uguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali.

Ora, il nuovo art. 5 *bis* della l. n. 104 del 1992 prevede innanzitutto che la persona con disabilità possa richiedere alla pubblica amministrazione, ai concessionari di pubblici servizi e ai soggetti privati l'adozione di un accomodamento ragionevole. Il comma 9 della norma citata prevede poi la facoltà per i privati cittadini e per le associazioni di tutela delle persone con disabilità già legittimate a proporre il ricorso antidiscriminatorio di cui alla l. n. 67 del 2006, che si siano visti rifiutare dalle pubbliche amministrazioni l'accomodamento ragionevole, di chiedere al Garante di verificare la sussistenza di una discriminazione proprio per il rifiuto di accomodamento ragionevole e «anche di formulare una proposta di accomodamento ragionevole». Il comma successivo, poi, introduce una analoga previsione per i concessionari di pubblici servizi e, anche nei riguardi di costoro, il Garante potrà proporre un accomodamento ragionevole. Il comma 11 dell'art. 5 *bis*, infine, si riferisce al rifiuto dell'accomodamento ragionevole opposto da soggetti privati: in questi casi è possibile chiedere unicamente che il Garante verifichi la sussistenza della discriminazione in ragione del rifiuto dell'accomodamento ragionevole, ma – a differenza dei commi precedenti – non è previsto che proponga accomodamenti ragionevoli.

Provando a ricondurre a unità l'articolato quadro normativo che si è esposto, può dunque essere utile distinguere la posizione del Garante a seconda che l'atteggiamento discriminatorio sia posto in essere da soggetti privati o dalle pubbliche amministrazioni e dai concessionari di servizi pubblici.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

Pare incontrovertibile che il Garante possa adottare pareri sia nei confronti delle pubbliche amministrazioni, sia nei confronti dei soggetti privati (si pensi ai datori di lavoro, alle società sportive, ai gestori di servizi turistici, agli organizzatori di concerti, ecc.). Se ne trova del resto conferma anche analizzando le delibere pubblicate sul sito del Garante stesso.

A questo punto, però, la strada si biforca. Le proposte di accomodamenti ragionevoli, le indicazioni cronoprogrammatiche per la rimozione delle barriere, nonché proposte di adozione di misure provvisorie nei casi in cui la situazione possa determinare danni gravi e irreparabili per le persone con disabilità, sono possibili soltanto nei confronti delle amministrazioni pubbliche e dei concessionari dei pubblici servizi. Un'interpretazione letterale sembrerebbe escludere invece la possibilità che – nell'ambito dei pareri adottati a seguito delle segnalazioni – il Garante possa suggerire o proporre accomodamenti ragionevoli a soggetti privati, potendo al più verificare la sussistenza delle discriminazioni legate proprio al rifiuto di adottare un accomodamento ragionevole.

Un vero e proprio doppio binario, dunque: del resto, che i poteri del Garante siano più incisivi nei confronti delle pubbliche amministrazioni che non nei confronti dei privati è confermato dall'art. 6 del d.lgs. n. 20 del 2024, anche – e soprattutto – all'esito della modifica apportata dal d.lgs. n. 123 del 2026. Come si è visto ampiamente sopra, la norma in questione consente sì al Garante di agire in giudizio, ma solo nei confronti delle pubbliche amministrazioni e dei concessionari di pubblici servizi, con l'azione di annullamento e quella avverso il silenzio. Qualche dubbio sulla possibilità per il Garante di agire anche nei confronti dei soggetti privati potrebbe forse sorgere in considerazione del tenore testuale dell'art. 6, comma 1, lett. c), con riferimento alla mancata adozione di misure provvisorie proposte dal Garante. Tale ipotesi è però contraddetta dalla lettera dell'art. 5, comma 4, che fa esplicito richiamo al dovere di trasmettere tali proposte unicamente alle «pubbliche amministrazioni procedenti». Del resto, il comma 3 dell'art. 6 precisa che si tratta di giudizi disciplinati dal Codice del processo amministrativo.

Soltanto nel caso di ricorsi antidiscriminatori già instaurati dai cittadini o dalle associazioni nei confronti dei privati, il Garante ha la possibilità di intervenire nel giudizio a supporto delle persone con disabilità. Non è però possibile desumere dalla lettera della legge che il Garante abbia un'autonoma legittimazione ad agire nel caso in cui un proprio parere venga ignorato da un soggetto privato.

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Se dunque un soggetto privato non dà seguito alle indicazioni del Garante, il ruolo del Garante stesso rischia di perdere incisività. Lo dimostra un recente caso: a seguito della segnalazione di un'associazione che tutela i diritti delle persone con epilessia, il Garante adottava un provvedimento con cui – al fine di consentire ad un bambino con epilessia di frequentare un centro estivo gestito da una società sportiva – individuava come accomodamento ragionevole l'eventuale somministrazione di un farmaco antiepilettico da parte di un collaboratore della società in caso di necessità[25]. Ebbene, stando a quanto si legge sul sito specializzato *Superando.it*[26], la società sportiva in questione si sarebbe rifiutata di dar seguito al provvedimento del Garante. E del resto, alla luce di quanto si è visto la normativa non sembrerebbe poter consentire al Garante stesso né di imporre un ragionevole accomodamento, né di adottare ulteriori altri provvedimenti, se non quello di verificare l'avvenuta discriminazione (art. 5 *bis*, comma 11, l. n. 104 del 1992).

L'unico strumento dotato di effettività, quanto meno nei confronti dei privati che pongano in essere azioni discriminatorie, sembra dunque il ricorso da parte delle persone vittime di discriminazione alla l. n. 67 del 2006 che non casualmente, del resto, è più volte citata anche dalla novella legislativa. Ovviamente, un ricorso antidiscriminatorio davanti al giudice ordinario, pur promosso dal cittadino privato, qualora supportato da precedenti provvedimenti del Garante e da un intervento *ad adiuvandum* dello stesso Garante, dovrebbe garantire un esito alquanto rapido e, sia consentito, alquanto prevedibile.

Per quanto concerne invece il rapporto del Garante con le pubbliche amministrazioni e con i concessionari dei pubblici servizi, come già si è osservato, il quadro normativo assicura sicuramente una maggiore incisività al Garante stesso: se già nel disegno originario del d.lgs. n. 20 del 2024 la possibilità di instaurare un giudizio contro l'eventuale inerzia delle pubbliche amministrazioni avrebbe dovuto portare queste ultime ad esaminare in modo attento le indicazioni contenute nei pareri del Garante, l'introduzione della previsione che ha attribuito al Garante stesso la legittimazione ad agire in giudizio contro gli atti e le omissioni delle amministrazioni pubbliche che violino le

[25] Il testo della delibera può leggersi sul sito del Garante all'indirizzo *https://www.garantedisabilita.it/wp-content/uploads/2026/06/del.18del29maggio2026acc.ragion.Summercamp_OM.pdf*.

[26] *https://superando.it/2026/06/18/loccasione-di-includere-attraverso-lo-sport-che-si-trasforma-in-discriminazione-verso-un-minore-con-epilessia/*.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

indicazioni prospettate a tutela dei diritti delle persone con disabilità dovrebbe rendere ancora più efficace l'attività del Garante.

Per concludere sul punto, va dunque osservato che, nel contesto complessivo disegnato dal legislatore, desta qualche perplessità la mancata previsione in capo al Garante di un potere di agire autonomamente in giudizio nei casi in cui i soggetti privati non ottemperino a quanto segnalato dal Garante nei pareri loro rivolti.

5. *Il d.lgs. n. 62 del 2024: la nuova «valutazione di base»*

Da ultimo, è stato adottato il il d.lgs. 3 maggio 2024, n. 62, che contiene la parte più attesa della riforma introdotta dalla l. n. 227 del 2021.

È un testo molto complesso, che consta di 40 articoli e interviene su diversi ambiti della normativa in tema di disabilità[27]. Va subito detto che – al momento in cui si chiude questo lavoro – molte delle previsioni in esso contenute non sono ancora entrate in vigore sull'intero territorio nazionale. Come subito si dirà, è infatti in corso una sperimentazione che, pur avendo gradualmente coinvolto un numero sempre maggiore di province, ha fatto sì che l'entrata a regime della riforma in tutta Italia sia prevista soltanto per il 1° gennaio 2027, e dunque a distanza di oltre due anni e mezzo dall'approvazione del decreto legislativo.

Il quadro è alquanto composito, perché in realtà vi sono anche alcune previsioni entrate in vigore, in tutto il territorio nazionale, sin dal 30 giugno 2024: oltre all'oggetto e alle finalità del decreto legislativo, alla parte definitoria e alle previsioni volte a indicare le tempistiche per l'adozione dei vari provvedimenti attuativi e quelle sulla formazione dei soggetti coinvolti dalla riforma, le norme più significative immediatamente vigenti sono quelle legate all'introduzione di un nuovo lessico sulla disabilità (art. 4)[28], nonché all'estensione generalizzata del

[27] Per un articolato e dettagliato commento sulle previsioni contenute nel d.lgs. n. 62 del 2024, si veda G. De Robertis (a cura di), *Il progetto di vita*, Santarcangelo di Romagna, 2026.

[28] In generale, sull'importanza generale del linguaggio e il suo rapporto con le discriminazioni, cfr. M. D'Amico, *Parole che separano*, Milano, 2023. Più nello specifico, già con riferimento ai lavori che avrebbero portato alla l. n. 227 del 2021, G. Arconzo, S. Leone, *Disabilità e lessico giuridico. Il mutamento di prospettiva nell'ordinamento italiano*, in M. Brambilla, M. D'Amico, V. Crestani, C. Nardocci (a cura di), *Genere, disabilità, linguaggio*. Milano, 2021, 157 ss. Sulle modifiche termi-

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

principio del ragionevole accomodamento di cui si è già detto sopra (art. 17). Proprio in merito a quest'ultima previsione, va sottolineato che la novità ricordata potrebbe, e forse dovrebbe, portare a un peculiare interesse da parte dell'autorità giudiziaria: la duttilità dello strumento potrebbe essere infatti una leva fondamentale per assicurare la tutela dei diritti delle persone con disabilità. I giudici potrebbero trovare, in questa prospettiva, proprio nel ragionevole accomodamento la chiave di volta per evitare le discriminazioni quotidiane che vivono le persone con disabilità.

Per quanto concerne le altre novità, il d.lgs. n. 62 del 2024 interviene su due ambiti: la valutazione di base per l'accertamento della condizione di disabilità e il progetto di vita, già previsto dall'art. 14 della l. n. 328 del 2000.

Ed è su questi due ambiti innovativi che insiste la sperimentazione territoriale di cui si è detto. In un primo periodo (dal gennaio 2025) sono state coinvolte solo nove province[29]. Dal 30 settembre 2025 la sperimentazione è stata poi estesa ad altri 11 territori provinciali[30]. Infine, il d.l. n. 19 del 2026 ha ampliato, dal 1° marzo 2026, il novero dei territori in cui si svolge la sperimentazione ad ulteriori 40 province. La durata della sperimentazione era stata originariamente prevista in dodici mesi. Il d.l. 27 dicembre 2024, n. 202, convertito, con modifiche, in l. n. 15 del 2025, ha esteso la durata del regime sperimentale a ventiquattro mesi, prevedendo – come già detto – l'entrata a regime della nuova disciplina su tutto il territorio nazionale soltanto a partire dal 1° gennaio 2027.

Passando al merito delle novità apportate dal d.lgs. n. 62 del 2024 sulla «valutazione di base» (artt. 5-9; nonché 13-16), si è introdotta una nuova procedura amministrativa volta a semplificare quella pre-

nologiche apportate dal d.lgs. n. 62 del 2024, C. Colapietro, *Il riordino delle fonti e la tutela dei diritti delle persone con disabilità*, in E. Vivaldi (a cura di), *Il progetto di vita della persona con disabilità. Dal PNRR al decreto legislativo n. 62/2024*, cit., 12 ss.

[29] Cfr. l'art. 9, comma 1, del d.l. n. 71 del 2024, che ha individuato direttamente i nove territori interessati dalla sperimentazione nelle province di Brescia, Catanzaro, Firenze, Forlì-Cesena, Frosinone, Perugia, Salerno, Sassari e Trieste.

[30] Cfr. l'art. 19 *quater* del d.l. 27 dicembre 2024, n. 202, convertito, con modifiche, in l. 21 febbraio 2025, n. 15: le altre 11 province designate per la sperimentazione sono quelle di Alessandria, Lecce, Genova, Isernia, Macerata, Matera, Palermo, Teramo, Vicenza, Trento e Aosta.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

cedentemente vigente[31], individuando l'INPS quale soggetto deputato a svolgere gli accertamenti necessari a certificare la condizione di disabilità. Tale certificazione attesterà – in un unico documento – la sussistenza dei diversi *status* amministrativi (invalidità civile, cecità, sordità, sordocecità, disabilità ai fini dell'inclusione scolastica o lavorativa, non autosufficienza) e andrà a sostituire tutti i momenti accertativi attualmente esistenti[32].

Si tratta di una novità importante, perché riporta a parziale ragionevolezza un sistema che non solo prevedeva – per usufruire dei benefici previsti dalle diverse leggi susseguitesi nel corso del tempo – la necessità di accertare *status* distinti seppur derivanti dalla medesima condizione (circostanza questa non modificata dalla riforma), ma che imponeva modalità accertative diverse per i singoli *status*.

Su questo aspetto della riforma si sono registrate molte difficoltà, anche nei primi mesi di sperimentazione, legate soprattutto alla mancanza di medici certificatori INPS, cui il legislatore aveva immaginato di sopperire ampliando significativamente la pianta organica dell'INPS stesso. I concorsi pubblici, previsti dall'art. 9, comma 6, del d.lgs. n. 62 del 2024, avrebbero dovuto determinare l'assunzione di 1.069 medici. Il bando è stato pubblicato nell'ottobre 2024, ma secondo quanto si può evincere dallo stesso sito INPS[33], il numero degli idonei è risultato pari a poco meno del 60% dei posti messi a concorso.

Per ovviare a queste problematiche, l'art. 7, comma 3, del già citato d.l. n. 19 del 2026, ha modificato le modalità di formazione e funzio-

[31] Tra gli elementi più significativi della nuova procedura va citato il fatto che è direttamente il medico certificatore ad avviare il procedimento di accertamento della condizione di disabilità con la trasmissione del certificato medico introduttivo. Non è quindi più necessario l'invio di una successiva domanda amministrativa, a differenza di quanto previsto dalla circolare INPS n. 131 del 28 dicembre 2009, adottata ai sensi dell'art. 20, comma 3, del d.l. 1° luglio 2009, n. 78, convertito in l. 3 agosto 2009, n. 102. Per una descrizione delle procedure disciplinate da tali fonti, cfr. D. Sabia, A. Cecchetti, *La definizione della condizione di disabilità e la riforma del sistema di accertamento dell'invalidità civile, cecità, sordità, handicap e disabilità*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 1/2021, 412.

[32] Per l'analisi dettagliata della nuova procedura, cfr. A. Candido, *La definizione e l'accertamento della condizione di disabilità della L. n. 227 del 2021: un radicale cambio di paradigma*, in E. Vivaldi (a cura di), *Il progetto di vita della persona con disabilità. Dal PNRR al decreto legislativo n. 62/2024*, cit., 31 ss.

[33] Cfr. le tabelle in *https://www.inps.it/it/it/avvisi-bandi-e-fatturazione/fatturazione-concorsi/dettaglio.bandi-fatturazione-concorsi.2024.10.concorso-pubblico-per-titoli-ed-esami-per-l-assunz_276.html.*

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

namento delle Commissioni di accertamento, disponendo ad esempio che nel caso non sia disponibile un medico con le specializzazioni originariamente previste, «l'INPS nomina, come presidente, un medico che abbia svolto attività per almeno un anno in organi di accertamento in materia assistenziale o previdenziale». Ancora, si è prevista la possibilità che negli accertamenti che riguardino i minori, uno tra il pediatra, il neuropsichiatra infantile o lo specialista della patologia rilevante possa partecipare anche in videoconferenza. Il che non appare – a dirla tutta – una soluzione particolarmente convincente, considerate le intuibili difficoltà che possono sussistere nel condurre una visita di accertamento a distanza quando si tratta di minori.

6. Segue. *Le difficoltà attuative della sperimentazione*

A ben vedere, l'elemento più innovativo del d.lgs. n. 62 del 2024 – e forse non a caso quello su cui si stanno manifestando le maggiori complessità attuative – si sostanzia però nei nuovi criteri con cui la citata valutazione di base deve svolgersi (art. 3, nonché artt. 10-12): il legislatore ha previsto in effetti che essa sia effettuata secondo gli strumenti ICD (*International Classification of Diseases*) adottati dall'Organizzazione mondiale della sanità e, soprattutto, secondo quelli descrittivi dell'ICF (*International Classification of Functioning, Disability and Health*).

Ciò dovrebbe consentire l'emersione dell'effettivo «profilo di funzionamento della persona» che, secondo quanto indicato nell'art. 2, comma 1, lettera *f*), del d.lgs. n. 62 del 2024, descrive lo «stato di salute di una persona attraverso la codificazione delle funzioni e strutture corporee, delle attività e della partecipazione secondo la ICF, tenendo conto della ICD»[34]. In altre parole, il profilo di funzionamento

[34] In ambito scolastico, il profilo di funzionamento è descritto dall'art. 5, comma 4, lettera b), del d.lgs. n. 66 del 2017, come il documento che definisce le competenze professionali e la tipologia delle misure strutturali utili per l'inclusione scolastica. Le linee guida adottate dal Ministero della salute nel novembre del 2022 contengono le indicazioni relative all'adozione di tale documento e, per quel che in questa sede più rileva, richiamano le definizioni di funzionamento e disabilità adottate dall'Organizzazione mondiale della Sanità nella classificazione ICF. Così, si legge che «il funzionamento ha un'accezione positiva, in quanto concetto che ricomprende e descrive gli aspetti positivi dell'interazione tra un individuo con un problema di salute e i fattori contestuali di quell'individuo, a livello delle funzioni fisiologiche del corpo, delle

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

dovrebbe mettere in evidenza gli aspetti positivi derivanti dall'interazione tra le compromissioni della persona e i contesti ambientali e personali in cui quella persona vive[35].

Questa previsione consente di adeguare anche il sistema certificatorio all'impostazione del modello bio-psico-sociale fatto proprio dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità del 2006[36]. Modello che il nostro ordinamento riconosce oggi esplicitamente proprio grazie alle modifiche apportate dalle riforme che si stanno descrivendo. L'art. 2, comma 1, lett. *a*), e l'art. 3 del d.lgs. n. 62 del 2024[37], hanno infatti introdotto definizioni di «condizione di disabilità» e di «persona con disabilità» che coincidono con quelle contenute nella Convenzione ONU e riconoscono il rilievo dell'interazione tra le barriere e le compromissioni.

A tale scopo, l'art. 12 del d.lgs. n. 62 del 2024 ha previsto che venga adottato un regolamento volto ad aggiornare, proprio sulla base delle classificazioni ICD e ICF, le definizioni, i criteri e le modalità di accertamento di invalidità, cecità, sordità e sordocecità. Si tratta, altrimenti detto, dei parametri che le commissioni incardinate presso l'INPS dovranno seguire per rilasciare le nuove certificazioni secondo l'impostazione del modello bio-psico-sociale.

strutture anatomiche del corpo, delle attività e della partecipazione. In pratica, tali aspetti positivi sono descrivibili come assenza di problemi dell'interazione tra persona e contesto a livello delle funzioni fisiologiche del corpo, delle strutture anatomiche del corpo, delle attività e della partecipazione considerando i fattori contestuali».

[35] Nella dottrina costituzionalistica italiana, cfr. F. Masci, *La tutela costituzionale della persona disabile*, in *Federalismi.it,* n. 1/2020, 149 ss.

[36] Sul punto, F. Masci*, Persona, scienza e linguaggio*, cit., 72 e A. Candido, *La definizione e l'accertamento,* cit., 36, secondo cui «il senso della valutazione di base è quello di considerare, secondo l'ICF, l'impatto delle compromissioni sulle attività della persona (cognitive, mobilità, cura di sé, relazioni interpersonali, attività della vita quotidiana) e la sua partecipazione ai contesti di vita, ancora una volta, secondo il modello bio-psico-sociale».

[37] L'art. 2 del d.lgs. stabilisce che la «condizione di disabilità» è una «duratura compromissione fisica, mentale, intellettiva, del neurosviluppo o sensoriale che, in interazione con barriere di diversa natura, può ostacolare la piena ed effettiva partecipazione nei diversi contesti di vita su base di uguaglianza con gli altri». Analogamente, anche la definizione di «persona con disabilità» di cui all'art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 62 del 2024, che va a sostituire l'art. 3 della l. n. 104 del 1992, fa oggi riferimento alla presenza di durature compromissioni che, in relazione con barriere di diversa natura, possono ostacolare la piena ed effettiva partecipazione nei diversi contesti di vita su base di uguaglianza con gli altri.

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Passaggio che si rivela dunque indispensabile per assicurarsi che il concetto di disabilità previsto dalla Convenzione ONU non sia tratteggiato soltanto teoricamente. Come si accennava, non sono però poche le difficoltà di attuazione che si stanno incontrando su questo aspetto. Nel testo originario del d.lgs. n. 62 del 2024 si indicava che il citato regolamento dovesse essere adottato entro il 30 novembre 2024.

Già poche settimane dopo la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale del d.lgs. n. 62 del 2024, l'art. 9, comma 7 *ter*, del d.l. n. 71 del 2024, come convertito, posticipava però la scadenza per l'approvazione del regolamento in questione di un anno, dal 30 novembre 2024 al 30 novembre 2025. Scadenza che è stata poi ulteriormente posticipata, al 30 novembre 2026, dall'art. 19 *quater* del successivo d.l. n. 202 del 2024, come convertito.

Poiché però la sperimentazione doveva in ogni caso prendere avvio il 1° gennaio 2025, lo stesso d.l. n. 71 del 2024 prevedeva che la sperimentazione sull'accertamento della condizione di disabilità secondo la nuova valutazione di base si avviasse comunque, ma venisse limitata soltanto a tre patologie: i disturbi dello spettro autistico, il diabete di tipo 2 e la sclerosi multipla. Anche per consentire l'avvio solo parziale della sperimentazione circoscritta a queste tre patologie, era però necessaria l'approvazione di un provvedimento attuativo che stabilisse i criteri ICF con cui le commissioni INPS devono procedere all'accertamento della condizione di disabilità.

Si può ipotizzare che, circoscrivendo l'ambito della sperimentazione, il legislatore avesse immaginato che entro l'avvio della sperimentazione (1° gennaio 2025) sarebbe stato pronto almeno un regolamento attuativo dai contenuti necessariamente ridotti. In effetti, il già citato art. 9, comma 7 *bis,* del d.l. n. 71 del 2024, come convertito, aveva previsto che entro il 31 ottobre 2024 – proprio «al fine di consentire, dal 1° gennaio 2025 al 31 dicembre 2025, la sperimentazione» – si sarebbe dovuto adottare un regolamento interministeriale per le tre «patologie-pilota» individuate.

Neppure tale termine è stato però osservato. Il regolamento in questione[38] è infatti stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 27 giugno 2025 (quasi otto mesi dopo il termine), ed è entrato in vigore

[38] Decreto del Ministero della Salute 10 aprile 2025, n. 94 (Regolamento recante i criteri per l'accertamento della disabilità connessa ai disturbi dello spettro autistico, al diabete di tipo 2 e alla sclerosi multipla, applicabili nella valutazione di base nel periodo di sperimentazione).

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

soltanto dal 12 luglio 2025. Con la conseguenza che, nelle nove province individuate nel d.l. n. 71 del 2024, la sperimentazione di 24 mesi secondo i nuovi criteri ICF è iniziata con oltre sei mesi di ritardo e soltanto per le tre patologie pilota[39].

Non basta: il d.l. n. 202 del 2024, quasi a compensare il differimento dell'entrata in vigore della riforma al 1° gennaio 2027, oltre a individuare le undici nuove province nelle quali dal 30 settembre 2025 la sperimentazione ha preso il via, ha disposto anche l'aumento del numero di patologie oggetto, sempre nell'ambito della sperimentazione, della valutazione di base secondo i criteri ICD e ICF (artrite reumatoide, cardiopatie, broncopatie e malattie oncologiche). E, secondo lo stesso schema già utilizzato per le prime tre patologie-pilota, anche per queste si prevedeva, entro il 25 settembre 2025, l'adozione di un regolamento del Ministero della Salute volto ad individuare i criteri ICF con cui l'accertamento della condizione di disabilità correlata a tali «nuove» patologie avrebbe dovuto essere effettuato.

Alla data in cui si chiude il presente lavoro (ottobre 2026), di questo regolamento non v'è però alcuna traccia.

Da ultimo, va segnalato che l'art. 33, comma 3, del d.lgs. n. 62 del 2024 prevede l'adozione di un ulteriore regolamento, volto a indicare «le modalità per la procedura di sperimentazione […], nonché la verifica dei suoi esiti […] entro il 30 novembre 2024». Anche di questo atto, ormai a pochi mesi dalla fine della sperimentazione, non v'è traccia.

Si rinviene però sul sito della giustizia amministrativa un parere, risalente al febbraio del 2026, della Sezione consultiva per gli Atti normativi del Consiglio di Stato[40] fortemente critico sul contenuto dello stesso. Basti qui riprendere il seguente passaggio: «Si rappresenta fin d'ora che l'esame di tale schema e della documentazione di accompagnamento ha evidenziato alcuni profili di criticità, più avanti specificamente illustrati, tra cui: alcune carenze istruttorie, quali la mancanza dell'analisi tecnico normativa, la trasmissione di un atto di esenzione dall'AIR riferito ad un testo che non tiene conto dell'ampliamento dell'ambito della sperimentazione disposto da fonti normative di ran-

[39] Va precisato che sin da gennaio 2025 la parte meramente amministrativa della sperimentazione era stata avviata, mentre, come si leggeva nel Messaggio INPS n. 4465 del 27 dicembre 2024, «nelle more dell'emanazione dei decreti attuativi della sperimentazione» la valutazione doveva essere effettuata «per tutte le patologie, utilizzando le tabelle di cui al decreto interministeriale 5 febbraio 1992».

[40] Affare n. 126 del 2026, adunanza del 24 febbraio 2026, spedito in data 11 marzo 2026.

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

go primario intervenute dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 62/2024; nonché, soprattutto, rilevanti scostamenti dello schema dal parere del Garante per la protezione dei dati personali». Paradossale – sia consentito – è soprattutto il fatto che il Consiglio di Stato, considerando che lo schema di regolamento «è stato trasmesso nel terz'ultimo quadrimestre del biennio di sperimentazione che si conclude alla data del 31 dicembre 2026 e che occorre procedere alla sperimentazione nel residuo spazio temporale disponibile» ha ritenuto di non richiedere al Ministero i necessari adempimenti istruttori, rendendo direttamente un parere definitivo. Resta il fatto che, in ogni caso, la sperimentazione si avvia ormai alla chiusura e le modalità con cui la stessa doveva effettuarsi e – soprattutto – le modalità con cui devono essere effettuate le verifiche dei relativi esiti sono ancora ignote.

Al momento, gli unici dati ufficiali sulla sperimentazione si rinvengono nel Rendiconto sociale del 2025 prodotto dal Comitato di vigilanza INPS[41]: se ne deducono però solo poche informazioni e non sempre univoche.

Emerge ad esempio che, nei territori interessati dalla sperimentazione, i tempi medi per la definizione del procedimento di accertamento si sono generalmente ridotti, anche significativamente, in alcune province[42]. Altre province, al contrario, hanno visto un allungamento dei tempi[43].

Inoltre, se è vero che, nelle nove province in cui sin dal gennaio 2025 è partita la sperimentazione, è stato definito quasi il 70% dei certificati introduttivi presentati, per le tre patologie pilota – disturbi dello spettro autistico, diabete mellito di tipo 2 e sclerosi multipla – la quota di certificati definiti scende al 38,8%, ben al di sotto della media generale. Un dato che sembra segnalare come l'istruttoria di queste pratiche proceda con particolare lentezza.

In definitiva, e per concludere sul punto, emerge da tutto quanto esposto che siamo in presenza di un cantiere ancora aperto, che rende difficile anche immaginare possibili conseguenze sull'attività giurisdizionale.

[41] Lo si trova sul sito *https://www.inps.it/it/it/dati-e-bilanci/rendiconti-sociali/rendiconti-sociali-2025/rendiconto-sociale-2025.html*. In particolare, cfr. le tabelle alle pagine 122 e 123.

[42] Ad esempio, nella provincia di Forlì-Cesena si è passati da 133 giorni a 57, in quella di Frosinone da 213 a 89, in quella di Sassari da 340 a 116. Miglioramenti si registrano anche nelle province di Firenze, Salerno e Trieste.

[43] A Brescia il tempo medio è passato da 93 giorni a 124. Peggioramenti si rilevano altresì nelle province di Catanzaro e Perugia.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

7. *Il «nuovo» progetto di vita indipendente*

Il secondo ambito di riforma delineato dal d.lgs. n. 62 del 2024 riguarda il progetto individuale (artt. 18-31). Si tratta dell'evoluzione dell'istituto già previsto dall'art. 14 della l. n. 328 del 2000, su cui si è sviluppata una significativa giurisprudenza[44], che cambia nome e diventa «progetto di vita personalizzato, individuale e partecipato». Proprio l'aver rimarcato e valorizzato il ruolo della persona con disabilità nella redazione di tale progetto – si tratta di un concetto espresso in molte previsioni dell'intero articolato – costituisce uno degli approdi più significativi della riforma[45].

Grazie alle innovazioni contenute nel d.lgs. n. 62 del 2024, il progetto, dopo l'accertamento della condizione di disabilità – nei termini ampiamente descritti nei paragrafi precedenti – è destinato ad essere redatto, su richiesta della persona con disabilità, da una unità di valutazione multidimensionale, che dovrà individuare gli interventi che interessano la stessa persona nelle seguenti aree: 1) apprendimento, socialità e affettività; 2) formazione e lavoro; 3) casa e habitat sociale; 4) salute. Sono state poi introdotte ulteriori novità, le più importanti delle quali appaiono la previsione di un apposito budget di progetto[46], che potrà essere anche autogestito dalla stessa persona con disabilità, e quella di un referente per l'attuazione del progetto stesso[47].

[44] G. Arconzo, G. Ragone, S. Bissaro, *Il diritto delle persone con disabilità al progetto individuale*, in *Le Regioni*, 2020, 31 ss.; A. De Vita, *Il progetto di vita individuale del soggetto disabile: aspetti sostanziali e questioni di giurisdizione,* in A. Candido (a cura di), La presa in carico della persona fragile, cit., 319 ss.; G. Patarini, *Progetto di vita individuale*, in G. Arconzo (a cura di), *La giurisprudenza sui diritti delle persone con disabilità, Anno 2024*, cit., 41 ss.

[45] E. Vivaldi, *Il progetto di vita individuale, personalizzato e partecipato: quali prospettive*, in E. Vivaldi (a cura di), *Il progetto di vita della persona con disabilità. Dal PNRR al decreto legislativo n. 62/2024*, cit., 54 ss.

[46] Questa previsione trova un importante antecedente nella legge di Regione Lombardia 6 dicembre 2022, n. 25 (Politiche di welfare sociale regionale per il riconoscimento del diritto alla vita indipendente e all'inclusione sociale di tutte le persone con disabilità), che all'art. 7 introduce per la prima volta a regime nel panorama regionale il budget di progetto. Sul rapporto tra le due fonti, cfr. G. Merlo, *Disabilità: un progetto (di vita) per tutti*, in *Lombardiasociale.it,* 2024.

[47] Le novità contenute nella riforma sono attentamente analizzate da E. Vivaldi, *Il progetto di vita individuale, personalizzato e partecipato: quali prospettive*, cit., 59 ss. e da F. Gaspari, *Il riordino della normativa in materia di disabilità e il progetto di vita individuale, personalizzato e partecipato*, in *Federalismi.it*, n. 5/2025, 69 ss., che

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Come si è anticipato sopra, l'art. 19 *quater* del d.l. n. 202 del 2024 non prevede soltanto il prolungamento della sperimentazione e il rinvio della parte della riforma legata alle modalità con cui deve essere effettuata la valutazione di base. L'estensione temporale della sperimentazione e il procrastinarsi dell'entrata in vigore a regime della riforma riguardano infatti anche le novità del d.lgs. n. 62 del 2024 relative alla valutazione multidimensionale e al nuovo progetto di vita.

Il rinvio di questa parte della riforma ha determinato moltissime critiche da parte del mondo associativo che si occupa di diritti delle persone con disabilità[48], che ha sottolineato innanzitutto come nei luoghi istituzionalmente deputati al confronto tra associazioni e istituzioni tale rinvio non fosse mai stato preannunciato[49].

Del resto, a differenza di quanto si è visto per l'attuazione della parte della riforma relativa alla valutazione di base, per quanto concerne invece il progetto di vita, pur con qualche ritardo, questa volta considerabile come fisiologico, sono stati in effetti adottati i due regolamenti attuativi previsti dal d.lgs. n. 62 del 2024.

Il 4 gennaio 2025, in attuazione di quanto previsto dall'art. 33, comma 4, del d.lgs. n. 62 del 2024, è infatti entrato in vigore il decreto ministeriale n. 197 del 2024 («Regolamento recante la disciplina per la procedura di sperimentazione della valutazione multidimensionale e del progetto di vita individuale personalizzato e partecipato, le relative modalità, le risorse da assegnare e il monitoraggio»[50]).

Nel merito, questo regolamento ribadisce all'art. 2 che i territori interessati dalla sperimentazione sono i nove individuati dal d.l. n. 71 del 2024: in essi – si prescrive all'art. 3 – le Unità di valutazione multidimensionale saranno chiamate ad applicare le nuove regole relative al proget-

si sofferma in particolare sulle valutazioni effettuate dal Consiglio di Stato in sede di parere sul testo dell'allora emanando decreto legislativo.

[48] Sul punto si veda il dibattito tra esperti ed esponenti del mondo dell'associazionismo pubblicato sul sito *Informare un'h.*

[49] Sul punto cfr. anche quanto si legge nell'interrogazione a risposta in Commissione della Camera n. 5-03636, presentata dall'on. Furfaro e altri in data 26 febbraio 2025: «tale rinvio sembrerebbe essere stato deciso dalla Ministra interrogata senza preventivamente informare l'Osservatorio nazionale sulla condizione delle persone con disabilità, organismo di rappresentanza istituzionale e delle organizzazioni delle persone con disabilità».

[50] Decreto del Ministro per le disabilità di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, il Ministro della salute e il Ministro del lavoro e delle politiche sociali 12 novembre 2024, n. 197, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 20 dicembre 2024.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

to di vita sia per le istanze presentate per la redazione di nuovi progetti di vita (anche da chi è in possesso di una certificazione rilasciata prima del 2025), sia per la revisione di quelli già approvati ai sensi dell'art. 14 della l. n. 328 del 2000, sia per i procedimenti già in corso, sempre ai sensi del citato art. 14. L'art. 4 attribuisce alle Regioni il compito di procedere al monitoraggio della sperimentazione verificando, con cadenza semestrale, quanti procedimenti per i progetti di vita sono stati attivati.

La speranza è che le Regioni sappiano attivarsi molto meglio di quanto sia accaduto in occasione dell'attuazione della l. n. 112 del 2016 sul cosiddetto «dopo di noi»[51].

Successivamente, il 13 marzo 2025, è entrato in vigore il «Regolamento concernente le modalità, i tempi, i criteri e gli obblighi di comunicazione ai fini dell'autogestione del budget di progetto»[52]. Si tratta del regolamento previsto dall'art. 28, comma 8, del d.lgs. n. 62 del 2024, che ne indicava l'adozione entro il 30 settembre 2024, al fine di definire le modalità con cui le persone con disabilità potranno autogestire il budget di progetto.

Secondo tale regolamento, la richiesta dovrà essere presentata già dal momento della definizione del progetto stesso: non c'è però alcun automatismo. Saranno infatti comunque i responsabili dei vari servizi e interventi a comunicare l'esito della richiesta, motivando gli eventuali dinieghi, sulla base di criteri che sembrano alquanto generici[53].

[51] Si ricordi che, come ricostruito dalla Corte dei conti nel dicembre 2022, «Dei circa 466 milioni di euro stanziati tra il 2016 e il 2022 per l'autonomia e l'inclusione delle persone con disabilità grave e senza sostegno famigliare, soltanto 240 sono stati effettivamente trasferiti alle Regioni, che non hanno provveduto a rendicontare l'effettiva attribuzione delle risorse ai destinatari. Solamente sei Regioni risultano aver ricevuto tutte le somme complessivamente assegnate»: cfr. Corte dei conti, sez. di controllo sulla gestione delle amministrazioni dello Stato, Deliberazione 23 dicembre 2022, n. 55/2022/G, *Attuazione delle misure previste dalla legge 22 giugno 2016, n. 112, volte a favorire il benessere, la piena inclusione sociale e l'autonomia delle persone con disabilità grave prive di sostegno familiare - Fondo «dopo di noi»*, sul sito della *Corte dei conti.*

[52] Decreto del Ministro per le disabilità di concerto con il Ministro della salute e il Ministro del lavoro e delle politiche sociali 14 gennaio 2025, n. 17, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 26 febbraio 2025.

[53] L'art. 3, comma 2, del regolamento in esame fa riferimento alla «eventuale disponibilità di strumenti aggregativi della spesa che agevolino l'acquisizione delle corrispondenti risorse; all'efficienza, efficacia e economicità dell'autogestione; al principio dell'integrazione e dell'interoperabilità nell'impiego delle risorse e degli interventi pubblici e, se disponibili, degli interventi privati».

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Va segnalata una certa rigidità nella possibilità di consentire l'uso delle risorse in autogestione, che possono essere utilizzate soltanto per far fronte alle esigenze individuate nel regolamento stesso (artt. 6-7) e che, in mancanza di diverse indicazioni nel progetto di vita, devono essere utilizzate entro tre mesi dal conferimento (art. 8). Particolare rilievo assume, nel regolamento, anche il tema della rendicontazione da parte della persona con disabilità. La mancata o incompleta rendicontazione potrebbe infatti determinare la revoca della autogestione stessa (cfr. artt. 9-13).

Al fine di poter dare avvio ai «nuovi» progetti di vita, è decisiva l'attivazione delle Regioni. Infatti, secondo l'art. 24, commi 4 e seguenti, del d.lgs. n. 62 del 2024, le Regioni, entro 6 mesi dall'entrata in vigore del d.lgs. stesso (30 giugno 2024), e dunque entro il 30 dicembre 2024, e senza che ciò determini nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica, avrebbero dovuto programmare e stabilire le modalità di riordino e unificazione di tutta una serie di attività e compiti svolti dalle varie unità di valutazione multidimensionale. Inoltre, sempre le Regioni sono chiamate, dall'art. 29 del d.lgs. n. 62, a disciplinare i profili soggettivi per l'individuazione del referente per l'attuazione del progetto di vita.

Le Regioni, con atti che variano dalla legge alle circolari, si sono, più o meno rapidamente, mosse per dare seguito a quanto previsto dal d.lgs. n. 62[54]: è però, anche in questi casi, difficile se non impossibile,

[54] A mero titolo esemplificativo, si possono citare la Circolare della Regione Lazio prot. n. 526791 del 20 maggio 2026 (*https://www.regione.lazio.it/cittadini/sociale-famiglie/riforma-disabilita-sperimentazione-decreto*); la Delibera Regionale Liguria n. 438 del 28 agosto 2025 (*https://www.regione.liguria.it/homepage-giunta/giunta-regionale/comunicati-stampa-della-giunta-regionale/item/44615-linee-operative-progetto-vita.html*); la Deliberazione della Giunta Regionale Lombardia n. 4140 del 31 marzo 2025 (*https://www.regione.lombardia.it/giunta/sedute-e-delibere/delibera-4140-legislatura-12*); la Delibera della Giunta Regionale Marche n. 1285 del 5 agosto 2025 (*https://www.norme.marche.it/NormeMarche/atto/detail.html?id=2521533&type=scadutiDelibereGiunta&page=0&ordinamento=data_atto&tipoOrdinamento=desc&limit=10*); la Deliberazione della Giunta Regionale Puglia 30 settembre 2025, n. 1376 (*https://trasparenza.regione.puglia.it/sites/default/files/norma/DEL_1376_2025.pdf*); la Legge della Regione Toscana 15 luglio 2025, n. 35, recante «Riordino del sistema della presa in carico della persona anziana non autosufficiente e della persona con disabilità. Modifiche alla l.r. 66/2008» (*https://www.consiglio.regione.toscana.it/upload/crt/resoconti-aula/2546_6669.pdf*).

A proposito di Regione Lombardia si è però notato come, più di recente, nell'approvazione della l. reg. Lombardia 11 giugno 2026, n. 13 (Testo unico degli interventi

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

reperire dati ufficiali liberamente accessibili sull'attuazione della legge. Difficoltà accentuate dal fatto che – a differenza delle domande di accertamento della condizione di disabilità, convogliate tutte presso INPS – le domande relative ai progetti di vita indipendente devono essere presentate negli specifici ambiti territoriali sociali di riferimento, con tutte le problematiche che può determinare la frammentazione della raccolta dei dati all'interno dei diversi ambiti[55].

Certo, rimane almeno la considerazione, nient'affatto secondaria, che il progetto di vita, già nella versione delineata dall'art. 14 della l. n. 328 del 2000, è uno strumento vigente e pienamente utilizzabile, e che anzi – come dimostra la giurisprudenza più recente[56] – appare tutto sommato vitale e capace di rispondere alle necessità delle persone con disabilità.

8. *Conclusioni*

Se è certamente prematuro stilare un bilancio sugli effetti che le misure previste dalla l. n. 227 del 2021 potranno avere concretamente sui diritti delle persone con disabilità, si può comunque ipotizzare che, alla luce dell'analisi condotta, le nuove norme in tema di accessibilità (d.lgs. n. 222 del 2023) e di ragionevole accomodamento (art. 5 *bis*, l. n. 104 del 1992) potranno influenzare in modo significativo l'attività giurisdizionale. Si tratta infatti di previsioni foriere di ampi sviluppi, sia per la loro, pur parziale, novità, sia per la loro duttile formulazione, che ben si presta ad assumere un ruolo dirimente nei contenziosi relativi alle discriminazioni patite dalle persone con disabilità.

regionali per l'inclusione sociale e la tutela delle persone con disabilità o in condizioni di fragilità e per le attività di assistenza e cura) non si sia tenuto conto di quanto previsto dal d.lgs. n. 62 del 2024: sul punto, cfr. la ricostruzione contenuta in *https://www.vita.it/idee/disabilita-la-lombardia-va-per-conto-suo/*.

[55] In un articolo pubblicato sul Giornale di Brescia del 3 gennaio 2026, si stimava che potessero essere giunte, il primo anno della sperimentazione, circa 1500 domande di progetto di vita, senza che però potesse conoscersi il numero delle domande effettivamente seguite e senza distinguere la differente posizione riservata alle richieste di persone non autosufficienti con più di 70 anni (*https://www.giornaledibrescia.it/salute-e-benessere/la-sfida-2026-entrare-nel-merito-dei-progetti-di-vita-wfe137ys*).

[56] Sul punto si veda da ultimo G. Patarini, *Il progetto di vita individuale*, in G. Arconzo (a cura di), *La giurisprudenza sui diritti delle persone con disabilità - Anno 2025*, cit., 53 ss.

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Di rilievo è anche, per la prospettiva del presente lavoro, la parte della riforma che si occupa del Garante: come dimostra anche la prima relazione annuale del Garante stesso, questa riforma è già ben avviata. Si è visto poi che il recentissimo d.lgs. n. 123 del 2026 dovrebbe determinare un coinvolgimento sempre più significativo della presenza del Garante nazionale nelle aule giudiziarie, rafforzandone altresì il ruolo.

Per quanto concerne invece la parte della riforma relativa alla valutazione di base, siamo in una situazione alquanto complessa, non priva di problematicità. Basti pensare al quadro frammentato che si è creato, che può essere riassunto come segue:

a) dal 1° gennaio 2025, in nove province, si è avviata la sperimentazione della parte della riforma relativa alla semplificazione amministrativa e procedimentale che conduce alla certificazione di persona in condizione di disabilità;
b) con un ritardo di oltre sei mesi, da metà luglio 2025 è stata avviata, nelle stesse nove province, anche la parte «sostanziale» della riforma, pur limitata alle sole tre patologie «pilota», che dunque possono essere oggetto di valutazione secondo i criteri ICF;
c) da fine settembre 2025, la sperimentazione – nei termini appena illustrati – ha preso il via anche in altre 11 province indicate dal d.l. n. 202 del 2024;
d) dal 1° marzo 2026 c'è stata un'ulteriore estensione territoriale della sperimentazione, con riferimento ad ulteriori 40 province individuate dal d.l. n. 19 del 2026;
e) in assenza del regolamento attuativo, è rimasta però sulla carta la sperimentazione relativa all'accertamento della condizione di disabilità secondo i criteri ICF delle altre patologie (artrite reumatoide, cardiopatie, broncopatie e malattie oncologiche) individuate dal d.l. n. 202 del 2024;
f) la sperimentazione è stata avviata pur non essendo stato ancora adottato, nonostante il termine fosse fissato per il 30 novembre 2024, il regolamento contenente le «modalità per la procedura di sperimentazione […] nonché la verifica dei suoi esiti» (art. 33, comma 3, d.lgs. n. 62 del 2024);
g) dal 1° gennaio 2027, fatti salvi ulteriori rinvii, la sperimentazione cesserà e la riforma dovrà essere applicata integralmente su tutto il territorio nazionale. Ovviamente ciò sarà possibile solo se nel frattempo verrà approvato il regolamento di cui all'art. 12 del d.lgs. n. 62 del 2024, la cui adozione è prevista entro il 30 novembre 2026.

Di conseguenza, è ancora molto difficile stilare un bilancio sugli effetti che le misure ivi previste potranno avere sui diritti delle perso-

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

ne con disabilità. Pensando alle ricadute che questa parte di riforma potrebbe avere sull'attività giurisdizionale, è difficile immaginare se l'adozione dei nuovi criteri ICF nelle valutazioni di base possa effettivamente determinare un aumento del contenzioso relativo all'accertamento. Quello che è certo, però, è che anche ai giudici sarà richiesto di acquisire una certa familiarità con questi nuovi criteri.

Analoghi interrogativi e criticità presentano le novità in tema di progetto di vita: come si è visto, la giurisprudenza, per lo più amministrativa, ha in realtà anticipato diversi contenuti della riforma. Il tema vero sarà quello di capire come, nei vari ambiti territoriali, verrà implementata la legge. Circostanza, questa, su cui è però ancora impossibile avanzare valutazioni affidabili.

ISBN 978-88-495-6328-3
© Edizioni Scientifiche Italiane

Francesco Bestagno*

La protezione delle persone con disabilità nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea

Sommario: 1. La tutela delle persone con disabilità nel diritto dell'Unione europea: il diritto primario. – 2. Segue: gli atti di diritto secondario in tema di disabilità. – 3. La nozione di disabilità nella giurisprudenza della Corte di giustizia - 3.1. L'approccio iniziale: il modello medico e la sentenza *Chacón Navas*. - 3.2. L'impatto della Convenzione ONU e la svolta della sentenza *HK Danmark*. - 3.3. *Segue*. Le interazioni tra le limitazioni soggettive e le barriere sul luogo di lavoro. – 4. L'accomodamento ragionevole come strumento di promozione dell'uguaglianza sostanziale sul piano lavorativo. - 4.1. L'accomodamento come condizione di legittimità del licenziamento. – 5. La «discriminazione per associazione» del lavoratore che assiste la persona disabile. – 6. Considerazioni conclusive.

1. *La tutela delle persone con disabilità nel diritto dell'Unione europea: il diritto primario*

Nell'ordinamento dell'Unione europea si rinvengono trasversalmente diverse previsioni concernenti la disabilità, a partire dai principi contenuti nel diritto primario. Questi ultimi trovano concretizzazione sotto molti profili in atti di diritto derivato, tra i quali spicca la direttiva 2000/78 in materia di diritto del lavoro[1]. È in questo quadro che si collocano gli importanti sviluppi registrati nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, che hanno riguardato *in primis*, ma non solo, la nozione di disabilità e l'obbligo di accomodamento ragionevole, come si vedrà nelle pagine che seguono.

* L'Autore ringrazia per il prezioso aiuto nel reperimento del materiale la dott.ssa Marianna Bortolotti, magistrato ordinario in tirocinio, d.m. 03/07/2026. Le opinioni sono espresse a titolo personale e non impegnano il Tribunale dell'Unione europea di cui l'Autore è membro.

[1] Direttiva (UE) 2000/78 del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

Sul piano del diritto primario dell'UE, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (qui di seguito «la Carta») menziona espressamente la disabilità innanzitutto nell'art. 21, come uno dei fattori rispetto ai quali deve essere esclusa ogni forma di discriminazione nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione. Ancora più importante è il profilo innovativo della Carta, sul tema di cui ci occupiamo, rispetto agli altri cataloghi di diritti fondamentali presenti nei principali strumenti internazionali in materia di diritti umani, rappresentato dall'introduzione di una disposizione specificamente dedicata alla disabilità. Con l'art. 26 della Carta, che ha a oggetto l'«inserimento delle persone con disabilità», alla tutela offerta dal fondamentale principio del divieto di discriminazione si aggiunge il riconoscimento dell'importanza della dimensione promozionale della tutela. In questa prospettiva l'articolo sancisce il «diritto delle persone con disabilità di beneficiare di misure intese a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità».

La lettera della norma parla espressamente di un «diritto»; le «Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali» chiariscono tuttavia che l'art. 26 è una disposizione che contiene un «principio», e quindi che non offre di per sé la base per una pretesa soggettiva autonomamente azionabile in giudizio (in conformità a quanto prevede in generale l'art. 52, par. 5, della Carta)[2]. Ne consegue che tale norma può essere invocata a fini interpretativi o quale parametro di legittimità degli atti dell'Unione e degli atti degli Stati membri che attuano il diritto dell'Unione, ma non contempla un diritto invocabile davanti a un giudice nazionale o dell'Unione.

Le menzionate «Spiegazioni» costituiscono «un prezioso strumento d'interpretazione destinato a chiarire le disposizioni della Carta»[3], e la Corte di giustizia si è uniformata a quanto in esse è previsto con riguardo all'art. 26 nella sentenza *Glatzel* del 2014[4]. Nel caso di specie la Corte si pronunciò in merito ai requisiti visivi per il rilascio della patente di guida per veicoli pesanti, su un rinvio pregiudiziale di interpretazione relativo alla direttiva 2006/126 che concerne la disciplina delle patenti di guida. La Corte era chiamata a valutare la compatibi-

[2] V. le *Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali*, in *GUUE* C 303, 14.12.2007, 17 ss., in relazione all'art. 26 della Carta a 25; in relazione all'art. 52, par. 5, della Carta, a pagina 35.

[3] V. il Preambolo delle «Spiegazioni», cit., 1.

[4] Corte giust., sentenza del 22 maggio 2014, causa C-356/12, *Glatzel*, EU:C:2014:350.

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

lità con la Carta delle norme della direttiva che prevedono una soglia minima inderogabile di acuità visiva per ciascun occhio, per quanto riguarda specificamente la conduzione dei veicoli pesanti, senza possibilità di un esame medico individuale per valutare la visione binoculare complessiva (esame ammesso invece in generale negli altri casi). Il ragionamento seguito dai giudici dell'UE ha portato in primo luogo a concludere che la differenza di trattamento – per la guida dei veicoli pesanti rispetto agli altri – non si pone in contrasto con il divieto di discriminazioni fondate sulla disabilità (art. 21 della Carta), in quanto risulta proporzionata all'obiettivo di interesse generale della sicurezza della circolazione stradale. Parallelamente, la Corte non ha riscontrato una violazione del principio di eguaglianza davanti alla legge (art. 20 della Carta), considerando oggettivamente giustificata la previsione di una disciplina specifica per quanto riguarda la conduzione di veicoli pesanti, in ragione del diverso livello di rischio che a tali veicoli è connesso rispetto agli altri.

Le affermazioni più importanti sul piano sistematico contenute nella pronuncia *Glatzel* hanno però riguardato l'art. 26 della Carta. La sentenza afferma che tale disposizione non costituisce direttamente in capo ai singoli un diritto soggettivo autonomamente azionabile, e non impone al legislatore dell'Unione né un obbligo generale di accomodamento ragionevole, né l'adozione di specifiche misure[5]. In concreto, pertanto, come si è sopra accennato, l'art. 26 della Carta può essere impiegato come parametro interpretativo o parametro di legittimità di norme dell'UE, o di norme degli Stati membri adottate nell'ambito di applicazione del diritto dell'UE, come è stato confermato anche molto di recente dalla Corte di giustizia[6]. Tuttavia, esso non può costituire direttamente il fondamento di una domanda giudiziale volta ad ottenere un accomodamento specifico. Affinché sorga un diritto del singolo al riguardo, ha chiarito la Corte nella sentenza *Glatzel*, occorre che il principio dell'integrazione delle persone con disabilità, enun-

[5] Sentenza *Glatzel*, cit., punto 78. V. al riguardo, *ex multis*, J. Damamme, I. Hachez, *Commentaire de l'article 26 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne relatif à l'intégration des personnes handicapées*, in S. van Drooghenbroeck, F. Picod, C. Rizcallah, *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*, Bruxelles, 2022, 737 ss., a 747 ss.

[6] Sull'utilizzo dell'art. 26 della Carta come parametro interpretativo di norme di diritto derivato dell'UE, si vedano le recenti sentenze Corte giust., 18 gennaio 2024, causa C-631/22, *Ca Na Negreta*, EU:C:2024:53 40, e Corte giust., 11 settembre 2025, causa C-38/24, *Bervidi*, EU:C:2025:690, 58, 66, 80.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

ciato in tale articolo, si concretizzi in atti di diritto derivato dell'UE (o del diritto nazionale). Ciò si è verificato in vari settori rientranti nelle materie di competenza dell'UE, *in primis* in materia di diritto del lavoro, attraverso l'emanazione, da parte del legislatore dell'UE, di atti che hanno sancito specifici obblighi di accomodamento individualizzato, come vedremo nelle pagine che seguono.

2. Segue. *Gli atti di diritto secondario in tema di disabilità*

Le norme di diritto derivato dell'UE che contengono una disciplina specificamente dedicata alla disabilità si rinvengono in atti che riguardano vari settori, tutti però connessi in definitiva alla disciplina del mercato unico. Tra di essi, come si vedrà, ha formato oggetto di una cospicua giurisprudenza della Corte di giustizia soprattutto la direttiva 2000/78 (in inglese conosciuta anche come «FED», *Framework Employment Directive*) in materia di occupazione e condizioni di lavoro, che ha come base giuridica l'art. 19 TFUE (*ex* art. 13 TCE). Quest'ultima disposizione contempla la disabilità tra i fattori rispetto ai quali l'Unione è competente ad adottare misure volte a combattere le discriminazioni.

Prima di esaminare la rilevante evoluzione giurisprudenziale relativa alla direttiva menzionata, meritano di essere ricordati altri atti che contemplano una disciplina a tutela delle persone disabili, anche se in merito a essi la Corte di giustizia non è stata sinora chiamata a pronunciarsi in misura significativa. Vanno innanzitutto menzionati nel settore del trasporto aereo[7], ferroviario[8] e marittimo[9], i regolamenti dell'UE che pongono diritti di assistenza direttamente in capo ai passeggeri con disabilità e mobilità ridotta[10]. Entrano in gioco al

[7] Regolamento (UE) n. 1107/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2006, relativo ai diritti delle persone con disabilità e delle persone a mobilità ridotta nel trasporto aereo.

[8] Regolamento (UE) n. 2021/782 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2021 relativo ai diritti e agli obblighi dei passeggeri nel trasporto ferroviario.

[9] Regolamento (UE) n. 1177/2010, del 24 novembre 2010, relativo ai diritti dei passeggeri che viaggiano via mare e per vie navigabili interne e che modifica il regolamento CE n. 2006/2004.

[10] In particolare, tra le disposizioni che prevedono tali diritti si ricordano: nel Reg. 1107/2006, cit., gli artt. 3 e 7; nel reg. 1177/2010, cit., l'art. 7 ss.; nel reg. 2021/782, cit., l'art. 21 ss.

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

proposito, in particolare, il divieto di rifiutare il trasporto per ragioni di disabilità e il diritto all'assistenza gratuita delle persone disabili in aeroporti, stazioni ferroviarie e porti, nonché a bordo dei mezzi di trasporto. Il rispetto di questi obblighi, gravanti in particolare sui gestori delle strutture di partenza e arrivo e sui vettori, non è subordinato a valutazioni di proporzionalità caso per caso, come invece avviene (come vedremo) per l'obbligo di accomodamento ragionevole che vige in materia di lavoro. Sul fatto che questi profili abbiano dato luogo a uno scarso contenzioso davanti ai giudici dell'UE si rimanda alle considerazioni sul punto nel paragrafo conclusivo.

In un settore diverso, ma pur sempre inerente al mercato interno, e in particolare a prodotti e servizi in ambito digitale, un atto a cui è importante fare cenno in questa sede in quanto è specificamente dedicato alla disabilità è rappresentato dalla direttiva 2019/882 (c.d. «European Accessibility Act»)[11]: si tratta di una disciplina che introduce requisiti tecnici volti a garantire l'utilizzabilità di determinati prodotti e servizi anche da parte di persone disabili, con lo scopo di promuoverne una progettazione che tenga conto dell'esigenza di accessibilità inclusiva e universale.

Gli interventi più puntuali e rilevanti della giurisprudenza dell'UE in tema di disabilità hanno comunque riguardato, come si è sopra accennato, specificamente la materia del lavoro. La Corte di giustizia ha avuto modo di pronunciarsi al riguardo soprattutto grazie alle domande poste da giudici nazionali, in via pregiudiziale, sul merito della direttiva 2000/78, la quale pone il «quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro»[12]. Le disposizioni della direttiva in ordine alle quali si è registrata l'evoluzione più interessante sono costituite dall'art. 2, che prevede il divieto di discriminazioni fondate sulla disabilità (che trova la sua radice nei Trattati e nella Carta) e ancor più dall'art. 5, che rappresenta una disposizione particolarmente rilevante per il fatto di introdurre un obbligo positivo di accomodamento ragionevole a carico dei datori di lavoro.

[11] Direttiva (UE) 2019/882 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, sui requisiti di accessibilità dei prodotti e dei servizi. Su questa direttiva v. E. Cirone, *Oltre la retorica dell'inclusione: l'accessibilità ai beni e servizi nel diritto europeo della disabilità*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2025, 231 ss., a 266 ss.

[12] Cfr. C.E. O'Sullivan, *National Courts as 'Actors' in the Preliminary Reference Procedure*, in D. Ferri, E. S. Krolla (a cura di), *Actors and Roles in EU Disability Law*, Oxford, 2025, 161 ss., a 169 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

3. *La nozione di disabilità nella giurisprudenza della Corte di giustizia*

Uno dei profili sui quali la Corte di giustizia ha offerto un contributo tra i più importanti nella materia in esame ha avuto ad oggetto la definizione della portata del concetto di disabilità[13]. La giurisprudenza dell'UE al riguardo ha sopperito alla mancanza di una definizione del concetto stesso nelle norme poste dal legislatore dell'UE e in particolare nella direttiva 2000/78. La Corte ha costruito una nozione autonoma di disabilità, indispensabile per individuare le condizioni soggettive che rendono applicabile la protezione offerta dalla direttiva, ad esempio nella valutazione della legittimità del licenziamento di un lavoratore qualora versi in una situazione identificabile come di disabilità.

Sotto questo profilo, la giurisprudenza si è evoluta con il passaggio da un iniziale approccio di tipo medico, all'accoglimento di un modello che si può definire «sociale» o «relazionale». Questo mutamento è stato espressamente collegato da parte della Corte di giustizia all'adesione dell'UE alla Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità, che si ispira proprio a questo secondo modello.

3.1. *L'approccio iniziale: il modello medico e la sentenza* Chacón Navas

La prima presa di posizione della Corte sulla nozione di disabilità si rinviene nella sentenza *Chacón Navas* del 2006, che è una tra le prime pronunce sulla direttiva 2000/78 dopo la sua entrata in vigore[14]. In quel caso, il giudice nazionale chiedeva se la condizione di una lavoratrice colpita da una malattia potesse rientrare nella nozione di disabilità ai fini dell'applicazione della tutela prevista dalla direttiva stessa.

La sentenza sancisce una distinzione netta tra malattia e disabilità, considerando quest'ultima nozione come riferita a limitazioni personali derivanti, in particolare, da menomazioni fisiche, mentali o psichiche che ostacolano la partecipazione alla vita professionale. In tale ottica, la malattia, di per sé, non rientrava nella nozione di disabilità, né quindi nell'ambito di applicazione della direttiva. Nel caso di specie, i giudici dell'UE reputarono che la tutela contro la discriminazio-

[13] Cfr. S. Favalli, D. Ferri, *Defining Disability in the EU Non-Discrimination Legislation: Judicial Activism and Legislative Restraints*, in *European Public Law*, 2016, 22(3), 541 ss.

[14] Corte giust., sentenza dell'11 luglio 2006, causa C-13/05, *Chacón Navas*, EU:C:2006:456.

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

ne offerta dalla direttiva 2000/78 non potesse operare a favore della lavoratrice, in quanto ritennero che non potesse essere qualificata come disabilità la sussistenza di una malattia, che aveva causato un'assenza prolungata dal lavoro e il conseguente licenziamento[15].

L'impostazione adottata nella pronuncia sul caso *Chacón Navas* rifletteva un approccio prevalentemente «medico»: l'accento era posto sulla distinzione tra una mera patologia temporanea e una menomazione grave e duratura. La tutela antidiscriminatoria risultava così circoscritta a situazioni di quest'ultimo tipo, caratterizzate da un certo grado di stabilità e rilevanza clinica.

3.2. *L'impatto della Convenzione ONU e la svolta della sentenza* HK Danmark

Una svolta netta nella ricostruzione giurisprudenziale della nozione di disabilità si registrò dopo l'adesione dell'Unione europea alla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità (qui di seguito: «la Convenzione ONU»)[16]. In seguito all'adesione, infatti, la Convenzione ONU è stata costantemente impiegata come parametro interpretativo del diritto dell'Unione, in particolare della direttiva 2000/78, in base alla giurisprudenza della Corte di giustizia che prescrive che gli atti di diritto derivato dell'UE siano interpretati in conformità agli accordi internazionali conclusi dall'Unione[17].

La sentenza *HK Danmark* del 2013[18] costituisce il punto di svolta

[15] Sentenza *Chacón Navas*, cit., 43-45.

[16] Decisione del Consiglio 2010/48/CE, del 26 novembre 2009, relativa alla conclusione, da parte della Comunità europea, della convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità conclusa a New York il 13 dicembre 2006.

[17] Cfr. ad es. la sentenza *Glatzel*, cit., 70. Con riguardo a questa evoluzione nell'interpretazione della Corte, v., *inter alia*, S. Favalli, D. Ferri, *op. cit.*, 553 ss.; B. Cortese, *The Role of the Court of Justice of the European Union in Protecting Disability Rights*, in D. Ferri, E. S. Krolla, *op. cit.*, 137 ss., a 143 ss. Sulla rilevanza della Convenzione ONU, anche superiore a quella della Carta, nella giurisprudenza dell'UE in tema di disabilità, v. D. Ferri, *The Unorthodox Relationship between the EU Charter of Fundamental Rights, the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities and Secondary Rights in the Court of Justice Case Law on Disability Discrimination*, in *Eur. Const. Law Rev*. 2020, 16(2), 275 ss., *passim* e spec. 286 ss.

[18] Corte giust., sentenza dell'11 aprile 2013, cause C-335/11 e C-337/11, *HK Danmark*. Nelle due cause riunite *HK Danmark*, cit., le due lavoratrici erano state licenziate per le assenze dovute rispettivamente a dolori cronici della colonna vertebrale e a dolori conseguenti a un incidente stradale.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

principale nell'evoluzione dell'interpretazione della Corte. Nel passaggio della sentenza che è diventato un vero punto di riferimento della giurisprudenza successiva, e che per questo qui di seguito riportiamo per esteso, la Corte ha affermato, richiamando espressamente la Convenzione ONU, che: «la nozione di "handicap" deve essere intesa nel senso che si riferisce a una limitazione, risultante, in particolare, da menomazioni fisiche, mentali o psichiche che, in interazione con barriere di diversa natura, può ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori»[19].

Il riferimento all'«interazione con barriere» – concetto che riflette l'impostazione della Convenzione ONU[20] – segna il superamento di una concezione della disabilità esclusivamente medica e imperniata sul singolo individuo, con l'apprezzamento di una dimensione relazionale decisiva: la disabilità non è più concepita esclusivamente come condizione individuale, bensì come il risultato dell'interazione tra menomazione e barriere ambientali o organizzative. In tale ottica, l'attenzione si sposta dal dato clinico alla concreta incidenza della limitazione nel contesto lavorativo, per cui la disabilità è intesa come generale situazione di svantaggio derivante dall'interazione tra condizioni individuali e contesto organizzativo o ambientale.

Questo approccio ha determinato un ampliamento della portata della nozione di disabilità, che non è condizionata all'esistenza di condizioni mediche che comportino necessariamente un'impossibilità totale o permanente di svolgere un'attività lavorativa. L'interpretazione adottata nella sentenza *HK Danmark* e nella giurisprudenza successiva, imperniata sull'esistenza di limitazioni sul lavoro, permette di estendere l'ambito di applicazione della direttiva 2000/78 a situazioni di ostacolo anche temporaneo o parziale. Si pensi alla difficoltà di lavorare in determinati locali (ad esempio per la presenza di barriere architettoniche), o con riguardo a specifiche mansioni, o in determinati orari (ad esempio per la sottoposizione a terapie o trattamenti quotidiani[21]). Proprio questi ultimi profili consentono di cogliere age-

[19] *Ibid.*, 38.

[20] V. in particolare l'art. 1, par. 2, Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità, che è ripreso quasi alla lettera nel punto 38 della sentenza *HK Danmark* citato nel testo.

[21] Cfr. il caso oggetto della sentenza *Bervidi*, cit., in cui una madre lavoratrice era tenuta ad accompagnare il figlio disabile in determinati orari del pomeriggio per consentirgli di sottoporsi a trattamenti quotidiani, e chiedeva quindi di poter restare

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

volmente come si possa porre la questione, per un datore di lavoro, di introdurre «accomodamenti ragionevoli» nella situazione del lavoratore, ad esempio con la modifica di mansioni, orari o luoghi di lavoro, in forza di valutazioni che possono essere effettuate dal giudice nazionale sulla base delle circostanze del caso concreto.

3.3. Segue. *Le interazioni tra le limitazioni soggettive e le barriere sul luogo di lavoro*

La giurisprudenza successiva alla sentenza *HK Danmark* ha precisato e consolidato i criteri elaborati in tale pronuncia, delineando una nozione ampia (ma non indeterminata) di disabilità, fondata in definitiva su tre elementi: l'esistenza di una menomazione, il carattere duraturo e non meramente transitorio della limitazione e l'interazione con barriere che ostacolano la partecipazione paritaria alla vita professionale.

Come esempio di questo approccio si può ricordare innanzitutto la sentenza *FOA* del 2014[22], relativa al caso di un lavoratore obeso, nella quale la Corte ha chiarito che l'obesità non costituisce di per sé una disabilità. Tuttavia, secondo i giudici dell'UE, pure questa condizione può rientrare nella nozione di disabilità, qualora comporti una limitazione che, in interazione con determinate circostanze che costituiscono delle barriere, ostacoli la partecipazione alla vita professionale su un piano di uguaglianza con gli altri lavoratori[23]. La pronuncia ha confermato quindi che la qualificazione di una condizione come di-

assegnata costantemente ad un turno lavorativo compatibile con tale accompagnamento. In una fattispecie analoga, oggetto della sentenza *Ca Na Negreta*, cit., 44, tra le varie misure contemplate dalla Corte di giustizia si segnala l'assegnazione a differenti mansioni lavorative rispetto a quelle svolte.

[22] Corte giust., sentenza del 18 dicembre 2014, causa C-354/13, *FOA*, EU:C:2014:2463.

[23] Id., 58-59: «(…) lo stato di obesità non costituisce, in quanto tale, un "handicap", ai sensi della direttiva 2000/78, in quanto, per sua natura, non ha quale conseguenza necessaria l'esistenza di una limitazione (…). Per contro, nell'ipotesi in cui, in determinate circostanze, lo stato di obesità del lavoratore interessato comporti una limitazione, risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche, che, in interazione con barriere di diversa natura, può ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori e se tale limitazione è di lunga durata, una siffatta condizione può ricadere nella nozione di "handicap" ai sensi della direttiva 2000/78».

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

sabilità dipende dai suoi effetti nel contesto lavorativo, e non dalla natura della condizione in sé considerata.

Con riguardo al requisito del carattere duraturo e non strettamente transitorio della limitazione, la pronuncia di riferimento è rappresentata dalla sentenza *Daouidi* del 2016, relativa a un'incapacità lavorativa di durata non preventivabile derivante da un infortunio[24]. In assenza di una definizione del concetto di «limitazione duratura» nella Convenzione ONU, e di un rinvio al diritto degli Stati membri, la Corte ha considerato di doverne fornire una definizione autonoma[25]. Al riguardo, la sentenza ha chiarito che una limitazione di lungo termine sussiste qualora, alla luce delle conoscenze mediche disponibili, non sia ipotizzabile nel singolo caso concreto un recupero nel breve periodo. Al giudice nazionale spetta valutare, con riguardo alla fattispecie concreta sottoposta al suo esame, se la limitazione sia suscettibile di protrarsi in modo tanto significativo da far rientrare la fattispecie stessa nell'ambito di tutela previsto dalla direttiva 2000/78.

Merita infine di essere menzionata la sentenza nel caso *Milkova*, nella quale la Corte, con riferimenti puntuali alla Convenzione ONU quale parametro interpretativo, ha confermato che anche le patologie mentali possono integrare una disabilità ai sensi della direttiva 2000/78. Anche in ordine a tali disturbi, pure se sopravvenuti nel corso del periodo di impiego, devono, se possibile, essere adottate misure specifiche per garantire l'uguaglianza del lavoratore[26].

4. *L'accomodamento ragionevole come strumento di promozione dell'uguaglianza sostanziale sul piano lavorativo*

Sulla definizione in via giurisprudenziale della nozione di disabilità, che, come si è visto, delimita l'ambito di applicazione della tutela prevista dalla direttiva 2000/78, si innesta la disciplina dell'accomodamento ragionevole, che costituisce lo strumento principale previsto dalla direttiva stessa per dare effettività al principio di parità di trattamento delle persone disabili sul piano lavorativo e per favorirne l'impiego.

[24] Corte giust., sentenza del 1° dicembre 2016, causa C-395/15, *Daouidi*, EU:C:2016:917.

[25] Id., 49 e 51.

[26] Corte giust., sentenza del 9 marzo 2017, causa C-406/15, *Milkova*, EU:C:2017:198, 48-49.

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

L'obbligo di adattamento per conseguire l'uguaglianza sostanziale in ambito lavorativo delle persone con disabilità è posto in capo ai datori di lavoro dall'art. 5 della direttiva 2000/78, che costituisce una delle disposizioni più importanti nella materia in esame. La norma impone di adottare, ove necessarie in casi particolari, misure appropriate per garantire il principio di parità di trattamento dei lavoratori disabili, salvo che tali misure comportino un onere sproporzionato in capo ai destinatari dell'obbligo, ossia i datori di lavoro[27]. Come ha chiarito la Corte di giustizia, pronunciandosi su un ricorso per infrazione della Commissione nei confronti dell'Italia, il corretto recepimento di tale articolo nell'ordinamento degli Stati membri comporta che il diritto nazionale imponga a tutti i lavoratori l'obbligo di adottare soluzioni ragionevoli a favore di tutti i dipendenti disabili[28].

La disposizione si può leggere in parallelo all'analogo art. 2, comma 4, della Convenzione ONU, e acquista un particolare rilievo nell'applicazione concreta del modello relazionale di cui si è parlato nel paragrafo precedente, in quanto mira all'eliminazione delle barriere che ostacolano la partecipazione effettiva delle persone con disabilità alla vita professionale, come ha chiarito la Corte a partire dalla sentenza *HK Danmark*[29]. Questa pronuncia ha sancito che l'accomodamento ragionevole non si esaurisce in interventi materiali o logistici sulle strutture dell'azienda, quali le misure per evitare barriere fisiche o l'acquisto di specifici strumenti di lavoro e di supporto, ma può comprendere modifiche dell'orario di lavoro, redistribuzione delle mansioni o altre misure organizzative idonee a evitare che la menomazione comporti una condizione di diseguaglianza rispetto agli altri lavoratori. A quest'ultimo riguardo, il criterio della proporzionalità richiede di

[27] L'art. 5 della direttiva 2000/78, cit., dispone quanto segue: «Soluzioni ragionevoli per i disabili – Per garantire il rispetto del principio della parità di trattamento dei disabili, sono previste soluzioni ragionevoli. Ciò significa che il datore di lavoro prende i provvedimenti appropriati, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, per consentire ai disabili di accedere ad un lavoro, di svolgerlo o di avere una promozione o perché possano ricevere una formazione, a meno che tali provvedimenti richiedano da parte del datore di lavoro un onere finanziario sproporzionato. Tale soluzione non è sproporzionata allorché l'onere è compensato in modo sufficiente da misure esistenti nel quadro della politica dello Stato membro a favore dei disabili».

[28] Corte giust., sentenza del 4 luglio 2013, causa C-312/11, *Commissione c. Italia*, EU:C:2013:446, spec. 62, 67-68.

[29] Sentenza *HK Danmark*, cit., punti 53-56. L'adattamento ipotizzato nella sentenza con riguardo ai due casi di specie era la riduzione dell'orario di lavoro

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

tener conto, tra l'altro, delle dimensioni dell'organizzazione e delle risorse disponibili. L'obbligo presuppone dunque una valutazione concreta delle possibilità di adottare misure di adattamento, alla luce delle esigenze del lavoratore e delle caratteristiche dell'impresa.

4.1. *L'accomodamento come condizione di legittimità del licenziamento*

In seguito alla sentenza *HK Danmark*, la giurisprudenza dell'UE ha progressivamente chiarito che la possibilità o meno di adottare accomodamenti ragionevoli può costituire un elemento fondamentale per valutare la legittimità di provvedimenti pregiudizievoli nei confronti del lavoratore disabile, quali in particolare i provvedimenti di licenziamento.

Nella sentenza *Nobel Plastiques Ibérica* del 2019[30], la Corte è stata chiamata a valutare la compatibilità con la direttiva 2000/78 del licenziamento di una lavoratrice che, a seguito di una patologia al gomito, sviluppata nello svolgimento di mansioni ripetitive, era stata giudicata meno produttiva e meno polivalente. La Corte ha affermato che spetta al giudice nazionale verificare se il datore di lavoro avesse la possibilità di adottare misure ulteriori rispetto a quelle che aveva adottato in prima battuta, tali da consentire alla lavoratrice di conservare il posto di lavoro, ad esempio attraverso l'assegnazione a mansioni diverse compatibili con il suo stato di salute.

L'interesse di quest'ultima pronuncia risiede nel fatto di chiarire come criteri apparentemente neutri, quali la produttività del lavoratore, o la sua polivalenza, possano in realtà comportare delle discriminazioni a carico dei lavoratori che si trovino in una concreta condizione di svantaggio ricollegabile a una disabilità; i criteri stessi non devono quindi ricevere un'applicazione automatica, bensì sono subordinati alla valutazione di alternative organizzative, calibrate sulla situazione concreta della persona in questione.

In questa linea di ragionamento, volta a evitare automatismi e a garantire valutazioni individualizzate, si colloca anche la sentenza *Tartu Vangla* del 2021[31]. La controversia riguardava un agente di polizia penitenziaria divenuto progressivamente affetto da sordità. La normati-

[30] Corte giust., 11 settembre 2019, caso C-397/18, *Nobel Plastiques Ibérica*, EU:C:2019:703.

[31] Corte giust., sentenza del 15 luglio 2021, caso C-795/19 *Tartu Vangla*, EU:C:2021:606.

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

va nazionale prevedeva soglie uditive minime, il mancato raggiungimento delle quali comportava l'automatica esclusione dal servizio. La Corte ha affermato che anche in presenza di requisiti legati a esigenze di sicurezza, il datore di lavoro deve verificare in concreto se il dipendente sia in grado di svolgere le mansioni essenziali, eventualmente mediante l'adozione di soluzioni ragionevoli (con la verifica, nel caso concreto, della possibilità di svolgere mansioni di controllo via video, o dell'eventuale efficacia di appropriati apparecchi acustici). La pronuncia non esclude la legittimità di requisiti oggettivi connessi alla natura delle funzioni esercitate, ma impone che tali requisiti non siano applicati senza un esame della fattispecie concreta[32].

Nella prospettiva accolta dai giudici dell'UE, meccanismi di esclusione automatica dal lavoro fondati su criteri quantitativi (di per sè neutri), applicati senza esame individuale e senza considerazione della possibilità di adottare accomodamenti ragionevoli, possono risultare incompatibili con la direttiva 2000/78. In altri termini, la disabilità, di per sé, non può portare a presumere l'incapacità a svolgere una funzione lavorativa. Nel caso in cui sia possibile adottare delle misure di adattamento, può ritenersi giustificata la cessazione del rapporto solo qualora la loro adozione comporterebbe un onere sproporzionato o non consentirebbe comunque lo svolgimento delle funzioni essenziali. La proporzionalità prevista nel menzionato art. 5 della direttiva 2000/78 in materia di accomodamenti ragionevoli si traduce quindi, in definitiva, in un giudizio di bilanciamento caso per caso tra le garanzie della uguaglianza sostanziale sul posto di lavoro e le esigenze organizzative dell'impresa o dell'amministrazione.

5. *La «discriminazione per associazione» del lavoratore che assiste la persona disabile*

L'evoluzione giurisprudenziale in materia di disabilità non si è limitata alla definizione della nozione in questione e alla configurazione

[32] V. in tal senso anche la sentenza della Corte di giustizia del 21 ottobre 2021, C-824/19, *TC e UB (Komisia za zashtita ot diskriminatsia)*, EU:C:2021:862, sulla necessità della valutazione individuale della possibilità per una persona con disabilità di svolgere le funzioni essenziali di un determinato lavoro, eventualmente con accomodamenti ragionevoli (nel caso concreto si trattava di una persona non vedente, che era stata esclusa senza valutazione individuale dallo svolgimento di funzioni di giurato in procedimenti penali, che aveva svolto in precedenza per anni).

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

dell'obbligo di accomodamento ragionevole, ma ha inciso anche sul perimetro soggettivo della tutela antidiscriminatoria. In particolare, la Corte di giustizia ha progressivamente riconosciuto che il divieto di discriminazione può operare anche con riguardo a un soggetto che non sia egli stesso portatore di disabilità, qualora assista una persona disabile.

La nozione si è affermata nella giurisprudenza dell'UE già nel 2008, con la sentenza *Coleman*[33], resa prima dell'adesione dell'UE alla Convenzione ONU. La controversia riguardava una lavoratrice madre di un figlio gravemente disabile, che lamentava di aver subito un trattamento sfavorevole – sino alle dimissioni forzate – a causa delle esigenze di assistenza connesse alla condizione del figlio. Nel ragionamento della Corte è centrale il riconoscimento del fatto che la direttiva 2000/78 vieta la discriminazione fondata su uno dei motivi elencati all'art. 1 (tra i quali è annoverata anche la disabilità), ma non pone come condizione che la persona che subisce il trattamento deteriore sia essa stessa portatrice della caratteristica protetta. In altre parole, il divieto non protegge una categoria predeterminata di soggetti, bensì opera in relazione al motivo della discriminazione.

Secondo questo approccio interpretativo, ciò che rileva è che il trattamento della cui legittimità si discute sia connesso alla disabilità, il che consente di fare entrare in considerazione anche i casi in cui la disabilità riguardi un familiare del lavoratore disabile. La pronuncia amplia in tal modo l'ambito soggettivo della tutela, introducendo la nozione di «discriminazione per associazione» al fine di evitare che l'assistenza prestata a un familiare disabile diventi causa di svantaggio professionale. Malgrado il testo normativo faccia riferimento alla persona con disabilità, la Corte di giustizia ha quindi considerato che la *ratio* della disciplina, di proteggere l'eguaglianza sostanziale sul piano lavorativo, può richiedere, in casi specifici, misure organizzative idonee a prevenire la discriminazione del lavoratore che presta assistenza. In tale prospettiva, il giudice nazionale è chiamato a verificare se il trattamento deteriore sia fondato, direttamente o indirettamente, sulle necessità di chi dà assistenza, e se sussistano eventuali margini di adattamento organizzativo compatibili con l'art. 5 della direttiva (*rectius*, imposti da tale disposizione).

La successiva giurisprudenza dell'UE ha confermato l'impostazio-

[33] Corte giust., sentenza del 17 luglio 2008, caso C-303/06, *Coleman*, C-303/06. V. in particolare 38 e 53. Cfr. su questa giurisprudenza, B. Cortese, *op. cit.*, 157 ss.

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

ne della sentenza *Coleman*, nel mutato contesto interpretativo segnato dall'adesione alla Convenzione ONU. In particolare, nella recente pronuncia *Bervidi*[34], la Corte ha ribadito che il principio di non discriminazione deve essere letto in modo coerente con gli artt. 21 e 26 della Carta e con l'obiettivo di garantire un'effettiva inclusione delle persone con disabilità. Questa soluzione si inserisce coerentemente nel quadro già delineato nei paragrafi precedenti: la disabilità non è considerata solo come condizione individuale, ma anche come fattore che incide sulle relazioni lavorative e familiari, producendo effetti giuridicamente rilevanti anche al di là della persona direttamente interessata.

Nel complesso, quindi, l'elaborazione del concetto di discriminazione per associazione conferma la dimensione relazionale, e non individuale, della tutela dei disabili nel diritto dell'Unione. La protezione non si esaurisce nella condizione della persona disabile di per sé, bensì si estende alle varie situazioni in cui la disabilità incide anche indirettamente sui rapporti di lavoro. Pure in questo ambito, tuttavia, si nota come l'intervento della Corte resti di carattere settoriale, in quanto è ancorato al perimetro della direttiva 2000/78 e al contesto occupazionale, senza assumere una portata generale al di fuori di esso.

6. *Considerazioni conclusive*

L'interesse dell'analisi svolta nelle pagine precedenti risiede nell'importanza dell'opera condotta dalla Corte di giustizia nello sviluppo di una nozione autonoma di disabilità e la definizione del contenuto dell'obbligo di accomodamento.

Grazie alla giurisprudenza che si è esaminata, la tutela di chi è portatore di disabilità nel diritto dell'Unione appare oggi caratterizzata dall'apertura al modello «sociale» (o «relazionale»), che risulta prevalente rispetto a una logica di natura strettamente medica. Tale approccio è stato fondato su un'evoluzione giurisprudenziale che ha portato innanzitutto a ridefinire una nozione di disabilità non imperniata sul

[34] Sentenza *Bervidi*, cit. A quest'ultima pronuncia la Corte di Cassazione, che aveva presentato la questione pregiudiziale di interpretazione della direttiva 2000/78, ha dato seguito con la sentenza n. 9104 del 10 aprile 2026. In particolare, la Corte di Cassazione ha riconosciuto che la tutela offerta dalla direttiva va estesa anche al lavoratore che assiste familiari non autosufficienti e ha affermato che nel caso concreto sussisteva una discriminazione indiretta a danno del *caregiver*.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

profilo clinico della menomazione, bensì sulla misura in cui quest'ultima incide sulla capacità di partecipare alla vita lavorativa in modo paritario. In questa prospettiva, l'effettività della tutela delle persone con disabilità nel diritto dell'UE ha avuto come fulcro l'obbligo di accomodamento ragionevole, che è divenuto il principale strumento di attuazione del modello relazionale nel contesto lavorativo.

La Corte di giustizia ha declinato in concreto il contenuto di tale obbligo positivo, ad esempio richiedendo l'applicazione individualizzata e non automatica di criteri di produttività o di idoneità al lavoro. Le pronunce relative ai licenziamenti, in particolare, mostrano una costante esigenza di verificare in concreto la proporzionalità delle misure relative al lavoratore disabile per garantire l'eguaglianza sostanziale sul piano lavorativo e la tutela contro le discriminazioni. L'approccio sociale e relazionale alla tutela delle persone disabili seguito dalla Corte di giustizia ha infine trovato una manifestazione esemplare nell'elaborazione del concetto di «discriminazione per associazione» ossia nell'estensione della tutela a coloro che assistono persone disabili; ciò a conferma di come la disabilità rilevi in quanto incide sulle relazioni professionali e non solo come condizione del singolo individuo.

Come si è visto, il passaggio dall'impostazione inizialmente più vicina al modello medico a un modello relazionale ha fatto seguito all'adesione dell'UE alla Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità. Quest'ultima ha inciso in modo significativo sul cambio di paradigma interpretativo che ha portato a valorizzare l'interazione tra menomazioni e barriere organizzative o ambientali. Nella giurisprudenza che si è esaminata, tuttavia, la Convenzione ONU è presa in considerazione non come fonte diretta di diritti e obblighi, bensì come parametro interpretativo, e il suo (invero ampio) impiego in tal senso è stato prevalentemente circoscritto al settore del lavoro subordinato[35], mentre di per sé la Convenzione avrebbe portata generale e non settoriale. Analogamente, l'art. 26 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, che come si è visto è qualificato come norma che contempla principi e non diritti, svolge una funzione di riferimento interpretativo, ma non costituisce una base autonoma per pretese soggettive di fronte a un'autorità amministrativa o giudiziaria nazionale[36].

[35] Cfr. ad es. D. Ferri, *The Unorthodox Relationship*, cit. 303 ss.

[36] Cfr. al riguardo la sentenza *Glatzel*, cit., 69; J. Damamme, I. Hachez, *op. cit*., 761. ss. Per un analogo utilizzo, sul piano interpretativo, dell'art. 21 (non discriminazione) e dell'art. 24 (diritti del minore) della Carta, v. la recente sentenza *Bervidi*, cit., 58.

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Pertanto, mentre la Convenzione ONU e la Carta dei diritti fondamentali offrono un quadro valoriale di riferimento sul piano interpretativo, è nell'applicazione del diritto derivato dell'UE, in particolare in ambito giuslavoristico, che la tutela acquista effettività. La protezione in concreto delle persone con disabilità appare per ora legata dunque, nella giurisprudenza dell'UE, principalmente alla sfera materiale di applicazione della direttiva 2000/78.

Ciò non significa peraltro che la legislazione dell'UE relativa alla disabilità sia rimasta confinata solo a quest'ambito: negli ultimi anni si è registrata un'espansione verso altri campi, quali l'accesso a beni e servizi in ambito digitale, attraverso l'*European Accessibility Act*, e soprattutto il settore dei trasporti, attraverso i regolamenti sui diritti dei passeggeri, nei quali la tutela assume la forma di obblighi standardizzati di accessibilità e assistenza.

È importante considerare, al riguardo, che il fatto che su questi ultimi atti dell'UE per ora non ci sia una significativa giurisprudenza della Corte di giustizia non è di per sé un indice di minore effettività dei diritti in essi previsti. Al contrario, ciò può dipendere da fattori che si collocano proprio nella prospettiva opposta, quali, sembra lecito ipotizzare, una significativa propensione delle imprese che operano nel settore dei trasporti a raggiungere accordi transattivi con le persone trasportate in caso di reclami. E mi pare ragionevole ritenere che ciò avviene anche (e anzi proprio) in ragione dell'esistenza di norme dell'UE che pongono in modo chiaro e preciso diritti incondizionati in capo ai passeggeri, come nel caso dei diritti previsti per persone con disabilità, atte ad essere applicate direttamente dai giudici nazionali.

Nel quadro complessivo che si è delineato si riscontra, in definitiva, una tutela fondata più su disposizioni specifiche e settoriali che su diritti fondamentali autonomamente azionabili nell'intero ambito di applicazione del diritto dell'UE. In questo contesto, l'opera dei giudici nazionali, attraverso la presentazione di questioni pregiudiziali di interpretazione di tali disposizioni, ha rivestito e continuerà a rivestire un ruolo cruciale per consentire alla Corte di giustizia di dare corso a ulteriori sviluppi in merito ai diritti delle persone con disabilità, verosimilmente verso forme sempre più evolute di inclusione e uguaglianza sostanziale.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

Joëlle Long

La giurisprudenza della Corte EDU in materia di disabilità: *standard* europei e ricadute per la giustizia tutelare italiana

Sommario: 1. Le ragioni di interesse. – 2. La nozione di «disabilità» nella giurisprudenza della Corte EDU. – 3. Gli standard posti dalla Corte EDU. – 4. … E la loro ricaduta per la giustizia tutelare italiana. – 5. Conclusioni.

1. *Le ragioni di interesse*

Perché occuparsi della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani[1] quando si parla di disabilità?

La domanda appare opportuna poiché nel dibattito contemporaneo su questi temi il riferimento al livello internazionale tende a concentrarsi in via pressoché esclusiva sulla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità (CRPD)[2] e sull'interpretazione offertane dall'omonimo Comitato[3].

[1] L'uso dell'espressione «Corte europea dei diritti umani» in luogo della più frequente denominazione «Corte europea dei diritti dell'uomo» riflette una scelta consapevole sul piano metodologico e interpretativo. In una prospettiva attenta al ruolo del linguaggio giuridico nella costruzione della soggettività giuridica, l'impiego del termine «uomo» quale presunto universale non appare neutro, ma risulta storicamente situato. La preferenza per l'espressione «diritti umani» intende dunque evitare tale ambiguità e rendere più esplicito il carattere generale della tutela convenzionale, in coerenza con un'analisi che considera le situazioni di vulnerabilità e le dinamiche di esclusione che emergono nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

[2] La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità (*Convention on the Rights of Persons with Disabilities*) è stata adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 13 dicembre 2006 ed è entrata in vigore il 3 maggio 2008. Essa rappresenta il principale strumento internazionale vincolante in materia di diritti delle persone con disabilità e segna un passaggio paradigmatico dal modello medico-assistenziale a un modello fondato sul riconoscimento della persona con disabilità come titolare piena di diritti. L'Italia ne ha autorizzato la ratifica con la l. 3 marzo 2009, n. 18. Per un commento in lingua italiana v. S. Marchisio, R.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

Anche in Italia, sia le corti domestiche sia il legislatore fanno riferimento essenzialmente alla CRPD. Emblematica è Cass. civ., sez. lav., sentenza 10 gennaio 2025, n. 605, nella quale la Corte attribuisce alla CRPD un ruolo interpretativo centrale e non meramente retorico, utilizzandola quale parametro ermeneutico per la definizione dell'obbligo di accomodamento ragionevole e per la configurazione dell'onere di interlocuzione tra datore di lavoro e lavoratore con disabilità[4].

Cera, V. Della Fina (a cura di), *La CRPD. Commentario*, Aracne, Roma, 2010; V. Barba, *Persone con disabilità e capacità. Art. 12 della CRPD e diritto civile italiano*, in *Rass. dir. civ.*, 2021, n. 2, 1348; G. Matucci, *Persona, formazione, libertà. L'autorealizzazione della persona con disabilità fra istruzione e* legal capacity, FrancoAngeli, Milano, in particolare 69 ss.; M. Castellaneta, *La protezione degli adulti vulnerabili: il ruolo degli atti internazionali a tutela dei diritti umani*, in *Notariato*, 2023, n. 6, in part. 655; A. Cordiano, *Disabilità e intersezionalità, rileggendo la Convenzione di New York sui diritti delle persone disabili*, in *Fam. dir.*, 2024, 293; F. Seatzu, *La Convenzione delle Nazioni unite sui diritti delle persone disabili: i principi fondamentali*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, 535; Id., *La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone disabili: diritti garantiti, cooperazione, procedure di controllo*, *ivi*, 2009, 259 ss.; A. Venchiarutti, *La Convenzione di New York e l'esercizio della capacità legale da parte delle persone con disabilità*, in *Liber Amicorum per Paolo Zatti*, Jovene, Napoli, vol. II, 2023, 1371.

[3] Il Comitato delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità (*Committee on the Rights of Persons with Disabilities*) è l'organo di esperti indipendenti istituito dall'art. 34 CRPD, con il compito di monitorarne l'attuazione da parte degli Stati parti. È composto da esperte ed esperti eletti dagli Stati aderenti alla Convenzione, che agiscono a titolo personale e non rappresentano i rispettivi ordinamenti nazionali. Le sue funzioni principali consistono nell'esame dei rapporti periodici presentati dagli Stati sull'attuazione della CRPD (art. 35), nell'adozione di *Concluding Observations*, nonché nell'elaborazione di *General Comments*, attraverso i quali il Comitato fornisce interpretazioni sistematiche delle disposizioni convenzionali. Inoltre, per gli Stati che abbiano ratificato il Protocollo opzionale alla CRPD, il Comitato è competente a esaminare comunicazioni individuali presentate da persone o gruppi che lamentino la violazione dei diritti riconosciuti dalla Convenzione.

[4] La controversia traeva origine dal ricorso di un lavoratore con disabilità che denunciava il carattere discriminatorio del rifiuto datoriale di adottare accomodamenti organizzativi idonei a consentire la prosecuzione del rapporto di lavoro. Il Tribunale aveva rigettato la domanda, mentre la Corte d'appello, valorizzando l'obbligo di adottare ragionevoli accomodamenti, aveva accolto il ricorso. La Corte di Cassazione rigetta l'impugnazione datoriale, affermando che l'obbligo di accomodamento ragionevole, fondato anche sulla CRPD, implica un onere di interlocuzione tra le parti nella individuazione delle soluzioni organizzative praticabili, e che il rifiuto di adottare accomodamenti ragionevoli integra una discriminazione vietata.

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Quanto al legislatore, un esempio è dato dal d.lgs. 3 maggio 2024, n. 62 («Definizione della condizione di disabilità, della valutazione di base, di accomodamento ragionevole, della valutazione multidimensionale per l'elaborazione e attuazione del progetto di vita individuale personalizzato e partecipato»). Tale intervento si presenta esplicitamente come costruito «in coerenza» con la CRPD (art. 1, comma 2) e recepisce in modo sistematico categorie, principi e lessico propri della Convenzione: dalla definizione di disabilità quale risultato dell'interazione tra compromissioni e barriere (art. 2, comma 1, lett. a), alla centralità dell'autodeterminazione e della partecipazione della persona interessata, esplicitamente richiamate tra le finalità e i principi del sistema (art. 1, comma 2; art. 21), fino alla configurazione dell'accomodamento ragionevole come posizione giuridica soggettiva azionabile (art. 17, che introduce l'art. 5 *bis* nella l. n. 104/1992).

Eppure la CRPD non rappresenta che una delle componenti dell'ampio sistema multilivello, che comprende anche strumenti europei quali la Convenzione europea dei diritti umani (CEDU), la Convenzione europea per la prevenzione della tortura e la Carta sociale europea. Tali atti, pur diversi per struttura, ambito e modalità di controllo, concorrono nel loro insieme a delineare un approccio fondato sui diritti umani (*human rights-based approach*), che impone di leggere la disabilità non come presupposto idoneo a giustificare limitazioni della capacità legale e della partecipazione, ma come condizione rilevante ai fini della piena ed effettiva titolarità ed esercizio dei diritti fondamentali[5].

Così, anche la CEDU, come interpretata dalla Corte europea dei diritti umani (Corte EDU), costituisce diritto vigente nell'ordinamento interno e vincola l'attività giurisdizionale, sia attraverso il meccanismo dell'art. 117, comma 1, Cost., sia come parametro interpretativo delle norme nazionali[6]. Un esempio nella materia *de qua* è la senten-

[5] Sul superamento del cosiddetto *status approach*, inteso come modello paternalistico fondato sull'incapacitazione legale e sulla sostituzione decisionale della persona vulnerabile, e sull'affermarsi dello *human rights-based approach*, che impone di riconoscere la persona con disabilità quale soggetto titolare di diritti da esercitare, con eventuali supporti, in condizioni di uguaglianza, v. diffusamente J. Long, *Oltre l'incapacitazione? L'interdizione, l'inabilitazione e l'amministrazione di sostegno alla prova dello human rights-based approach*, Giappichelli, Torino, 2025, spec. cap. I, parr. 1.1 e 1.2.

[6] Cfr. Corte cost., sentt. 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349; 7 aprile 2011, n. 80; 26 marzo 2015, n. 49; in dottrina, A. Randazzo, *La CEDU nel sistema costituzionale*

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

za della Corte costituzionale n. 76 del 2025 sulle garanzie processuali del trattamento sanitario obbligatorio. Pur dichiarando assorbite le censure formulate in relazione all'art. 117, comma 1, Cost., la Corte costituzionale ha valorizzato il parametro convenzionale, richiamando – in continuità con quanto evidenziato nell'ordinanza di rimessione della Corte di Cassazione – i principi affermati dalla Corte EDU nella decisione *Azenabor c. Italia* (ric. n. 25367/11, 8 ottobre 2013). In particolare, tali principi sono stati utilizzati per sostenere, da un lato, che l'audizione diretta dell'interessato da parte del giudice costituisce una garanzia imprescindibile ai fini di una valutazione effettiva, e non meramente cartolare, della sua situazione concreta; dall'altro, che la mancata comunicazione dei provvedimenti restrittivi della libertà personale è, in linea di principio, idonea a incidere negativamente sull'effettività delle garanzie procedurali.

Come sarà illustrato *infra* in questo lavoro, la Corte EDU ha sviluppato rilevantissimi standard che incidono direttamente su ambiti centrali della giustizia ordinaria: le misure civilistiche di protezione delle persone adulte vulnerabili, le decisioni relative al loro luogo di vita, i ricoveri e i trattamenti sanitari coattivi, e, più in generale, le garanzie procedurali nei procedimenti che incidono in modo significativo sulla sfera personale dell'individuo. Per il giudice nazionale, confrontarsi con tale giurisprudenza significa dunque disporre di criteri consolidati per valutare la legittimità delle ingerenze nei diritti fondamentali, escludere automatismi fondati sulla sola diagnosi o appartenenza categoriale, e rafforzare il controllo di proporzionalità, adeguatezza e individualizzazione delle decisioni.

In effetti, il contributo della giurisprudenza della Corte EDU appare tanto più rilevante se letto alla luce delle significative divergenze che si registrano rispetto all'interpretazione della CRPD offerta dal Comitato delle Nazioni Unite. Secondo quest'ultimo, ogni forma di decisione sostitutiva risulta intrinsecamente discriminatoria e le misure coercitive fondate sulla disabilità sono ritenute incompatibili con un approccio basato sui diritti umani[7]. Tuttavia, questa lettura cate-

italiano, Giuffrè, Milano, 2012; A. Barbera, *Le tre Corti e la tutela multilivello dei diritti*, in P. Bilancia e E. De Marco (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti*, Giuffrè, Milano, 2004, 89-98; P. Gianniti, *La CEDU e il ruolo delle Corti*, in *Commentario del Codice civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, Zanichelli, Bologna, 2015.

[7] Cfr. Committee on the Rights of Persons with Disabilities, *General Comment No. 1 (2014) on Article 12: Equal recognition before the law*, 11 April 2014 (CR-

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

goriale e priva di eccezioni rischia, per la sua rigidità, di scontrarsi con l'esigenza di intervento in situazioni di estrema vulnerabilità e di separare gli standard internazionali affermati in sede ONU dal diritto vigente[8].

In questa prospettiva, l'attenzione alla giurisprudenza della Corte europea assume un rilievo decisivo, non perché essa offra una tutela «attenuata», ma perché individua una via europea al tempo stesso realistica ed esigente, capace di coniugare l'approccio fondato sui diritti con le esigenze proprie della funzione giurisdizionale e del diritto vivente. È proprio in questo spazio intermedio tra l'approccio categoriale non derogabile del Comitato delle Nazioni Unite e la tradizione consolidata della CEDU del controllo di proporzionalità che la giurisprudenza di Strasburgo può svolgere una funzione di snodo, risultando particolarmente utile anche per la giustizia tutelare italiana, chiamata quotidianamente a operare scelte concrete in materia di capacità, protezione e autodeterminazione della persona. In tal senso, essa consente di rendere concretamente esigibili i diritti delle persone con disabilità, evitando che l'elevato livello di astrazione degli standard internazionali ne comprometta l'effettività.

2. *La nozione di «disabilità» nella giurisprudenza della Corte EDU*

Nell'elaborazione giurisprudenziale della Corte EDU, la nozione di disabilità non assume la forma di una definizione normativa in senso proprio.

PD/C/GC/1); *Guidelines on Article 14 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities: The right to liberty and security of persons with disabilities*, 2015 (CRPD/C/12/2). Per un approfondimento v. *infra* par. 3.

[8] V. J. Fiala-Butora, M.A. Stein, M.S. Smith, *Disability human rights standards before the European Court of Human Rights - false convergence and methodologically-driven divergence?*, in *Human Rights Law Review*, Volume 25, Issue 3, September 2025. Come giustamente rilevato da questi autori, le cause della divergenza non dipendono tanto da differenze nelle norme sostanziali di riferimento, quanto piuttosto da differenze metodologiche e istituzionali tra i due sistemi di tutela: il modello CEDU è fondato su una valutazione individuale e concreta delle limitazioni ai diritti, da compiersi secondo una logica casistica e proporzionale; al contrario, l'approccio del Comitato delle Nazioni Unite si caratterizza per l'adozione di criteri generali e per una più marcata attenzione alla dimensione collettiva e sistemica della tutela dei diritti delle persone con disabilità.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

In effetti, lo stesso testo della CEDU non utilizza il termine «disabilità», né contiene una definizione espressa di tale condizione. Nei rari casi in cui esso fa riferimento a situazioni personali rilevanti ai fini della limitazione di taluni diritti, ricorre a un lessico storicamente datato e concettualmente eterogeneo. Per esempio l'art. 5, par. 1, lett. *e* menziona, accanto ad altre categorie, la «persona inferma di mente» (*person of unsound mind*, *aliéné*). Tale formulazione riflette il contesto culturale e giuridico dell'epoca di adozione della Convenzione e rinvia a una concezione prevalentemente medico-patologica e classificatoria della condizione personale, distante dalle categorie oggi impiegate nel diritto internazionale dei diritti umani.

Proprio l'assenza di una nozione convenzionale di disabilità e il carattere non sistematico del linguaggio utilizzato hanno consentito alla Corte di Strasburgo di elaborare, in via giurisprudenziale, un approccio non definitorio ma che guarda concretamente a come una determinata condizione personale espone l'individuo a un rischio accresciuto di esclusione, dipendenza o abuso[9]. In questa prospettiva, i giudici europei hanno sottratto la disabilità sia a una diagnosi clinica e alla qualificazione formale prevista dal diritto interno, nonché alla logica dello status, tipica del modello tradizionale fondato sull'incapacitazione legale, per ricondurla a una dimensione funzionale ai diritti convenzionali.

[9] La giurisprudenza della Corte EDU mostra un uso non sistematico ma significativo del riferimento alla «vulnerabilità», quale elemento rilevante ai fini dell'intensificazione delle garanzie convenzionali. Così, in *Shtukaturov c. Russia* (ric. n. 44009/05, 27 marzo 2008) la Corte valorizza la condizione concreta dell'interessato, escluso dal procedimento di incapacità, ai fini del rafforzamento delle garanzie di cui all'art. 6 CEDU (parr. 72-73); in *Stanev c. Bulgaria* (ric. n. 36760/06, Grande Camera, 17 gennaio 2012) la particolare situazione di dipendenza e istituzionalizzazione dell'interessato giustifica un controllo più rigoroso sulle misure limitative della libertà personale e sulle condizioni di vita; in *Blokhin c. Russia* (ric. n. 47152/06, Grande Camera, 23 marzo 2016) la Corte sottolinea la necessità di garanzie procedurali rafforzate nei confronti di un minore con disabilità, in ragione della sua condizione personale; infine, in *Calvi e C.G. c. Italia* (ric. n. 46412/21, 6 luglio 2023) la Corte richiama la vulnerabilità delle persone anziane residenti in strutture assistenziali, evidenziando la necessità di prevenire situazioni di isolamento e di assicurare un controllo particolarmente attento sulle misure adottate nei loro confronti. Nel loro insieme, tali pronunce mostrano come il riferimento alla vulnerabilità operi nella giurisprudenza convenzionale non come categoria definitoria autonoma, ma come indice della necessità di rafforzare le garanzie procedurali e sostanziali in relazione alla situazione concreta della persona.

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Questo approccio emerge in modo particolarmente chiaro nella sentenza *Calvi e C.G. c. Italia* (Corte EDU, ricorso n. 46412/21, sentenza 6 luglio 2023), nella quale la Corte non inquadra il caso attraverso una qualificazione formale in termini di «disabilità», pur muovendosi in un contesto di evidente fragilità psico-fisica. La vicenda, molto nota[10], riguardava un uomo di novant'anni molto abbiente per il quale veniva aperta un'amministrazione di sostegno su richiesta della sorella perché prodigo. Dopo tre anni l'amministratore chiedeva l'autorizzazione al ricovero in una struttura residenziale perché l'uomo viveva in situazione insalubre e con rischio di essere circonvenuto da persone che approfittavano della sua condizione. Il giudice tutelare autorizzava e l'uomo veniva collocato in struttura dove, su richiesta dell'amministratore e con l'autorizzazione del giudice, era sottoposto a limitazione dei contatti con l'esterno e dove rimaneva fino alla morte malgrado la reiterata volontà di tornare a casa. Nella pronuncia, i giudici europei fondano il proprio scrutinio sulla condizione di vulnerabilità concreta e situata dell'interessato, valorizzando elementi quali l'età avanzata, l'isolamento sociale prolungato, la dipendenza pressoché totale dall'amministratore di sostegno e la conseguente difficoltà di esercitare in modo effettivo i propri diritti. In tale prospettiva, la vulnerabilità non attenua il livello di tutela, ma, al contrario, ne determina un rafforzamento, imponendo allo Stato obblighi positivi volti a rendere i diritti convenzionali concreti ed effettivi. Così, si intensifica il controllo di proporzionalità, censurando l'assenza di garanzie effettive, la mancata considerazione della volontà e delle preferenze dell'interessato e l'uso dell'amministrazione di sostegno in modo tale da determinare una situazione di isolamento e di fatto assimilabile a una condizione segregante, pur in assenza di una formale dichiarazione di incapacità.

Conseguentemente, la presenza di una condizione soggettiva di svantaggio sociale determina, sul piano convenzionale, un rafforzamento degli obblighi gravanti sullo Stato. Non si tratta più soltanto di astenersi da interferenze arbitrarie, ma di adottare obblighi positivi volti a rendere i diritti convenzionali concreti ed effettivi attraverso misure adeguate, proporzionate e individualizzate[11].

[10] La vicenda è conosciuta anche al grande pubblico come il «caso di Carlo Gilardi» in ragione dell'attenzione dedicatagli dalla trasmissione televisiva «Le Iene». Per un approfondimento v. P. Cendon, *L'uomo che voleva punire sé stesso*, in *Liber Amicorum per Paolo Zatti*, Jovene, Napoli, 2023, vol. II, 1087; e Id. (a cura di), *Il caso Gilardi. Secondo la ricostruzione del Tribunale di Lecco*, Key Editore, Milano, 2023.

[11] In tal senso, oltre alla sentenza *Calvi e al. c. Italia* citata nel testo, si veda la

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

Per la magistratura italiana, questa impostazione comporta una ricaduta immediata: essa sollecita a superare una lettura meramente formale delle categorie interne di disabilità e a interrogarsi, in concreto, sul grado di vulnerabilità della persona e sugli obblighi positivi che ne derivano, soprattutto nei procedimenti che incidono in modo significativo sulla sfera personale e sull'autonomia dell'individuo.

3. *Gli standard posti dalla Corte EDU*

Muovendo dalla sopra illustrata nozione funzionale di vulnerabilità, la giurisprudenza della Corte EDU ha progressivamente elaborato standard sostanziali e procedurali che orientano il giudizio di compatibilità delle misure nazionali con la CEDU.

Questi standard si sviluppano attraverso un impiego trasversale delle diverse disposizioni convenzionali, che vengono progressivamente reinterpretate alla luce delle specifiche esigenze di protezione delle persone con disabilità. In particolare, la Corte ha costruito un corpus giurisprudenziale nel quale la condizione di vulnerabilità incide su una pluralità di diritti fondamentali, dando luogo a un sistema integrato di garanzie[12].

In primo luogo, nell'ambito degli artt. 2 (diritto alla vita) e 3 (divieto di trattamenti inumani e degradanti) CEDU, si è riconosciuto che le persone con disabilità possono trovarsi esposte a rischi particolarmente elevati per la vita e l'integrità fisica e psichica e che, in tali casi,

sentenza *Rooman c. Belgio* (ric. n. 18052/11, Grande Camera, 31 gennaio 2019), in cui la Corte afferma che la legittimità della detenzione di una persona con disturbo mentale dipende non solo dalla base legale della misura, ma anche dalla sua effettiva connessione con un percorso terapeutico adeguato, dovendo sussistere un legame reale tra la privazione della libertà e lo scopo di cura (parr. 208–209). Analogamente, in *Stanev c. Bulgaria* (ric. n. 36760/06, Grande Camera, 17 gennaio 2012), la Corte sottolinea che la combinazione tra incapacità legale, istituzionalizzazione e assenza di rimedi effettivi determina una situazione di particolare esposizione a rischio, che impone un controllo più rigoroso sulla legittimità della misura e sulle condizioni di vita dell'interessato, anche ai fini della valutazione della privazione della libertà e del rispetto della dignità della persona. Sulla proporzionalità delle misure limitative e sul principio della centralità della persona v. diffusamente *infra* par. 3.

[12] Essendo il corpus molto ampio, nel prosieguo ci si focalizzerà sulle decisioni della Grande Camera, sui *leading cases* e sulle pronunce che hanno riguardato direttamente l'ordinamento italiano.

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

lo Stato è tenuto ad adottare misure positive di protezione, soprattutto nei contesti di cura, detenzione o istituzionalizzazione[13]. In secondo luogo, con riferimento all'art. 5 (diritto alla libertà) CEDU, la giurisprudenza ha sottoposto a un controllo particolarmente rigoroso le ipotesi di privazione della libertà fondate su condizioni di salute mentale, chiarendo che tali misure sono ammissibili solo se accompagnate da garanzie effettive e da un trattamento terapeutico adeguato[14]. Sul piano procedurale assume poi un ruolo centrale l'art. 6 CEDU (equo processo) nella misura in cui garantisce alla persona vulnerabile un accesso effettivo alla giustizia e la possibilità di partecipare ai procedimenti che incidono sulla sua capacità e sulla sua autonomia[15].

Un esempio paradigmatico è offerto dalla sentenza *Stanev c. Bulgaria* (ric. n. 36760/06, Grande Camera, 17 gennaio 2012), relativa a un cittadino bulgaro affetto da schizofrenia, dichiarato parzialmente incapace di agire e posto sotto curatela. La curatrice, una funzionaria comunale, disponeva il suo collocamento in un istituto sociale per persone con disturbi mentali, senza preventivamente consultarlo né

[13] In tema di tutela della vita e dell'integrità delle persone con disabilità o in condizioni di vulnerabilità, il *leading case* è *Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu c. Romania* (ric. n. 47848/08, Grande Camera, 17 luglio 2014), in cui la Corte ha accertato la violazione dell'art. 2 CEDU in relazione alla morte di un giovane con grave disabilità intellettiva e affetto da HIV, abbandonato in una struttura psichiatrica in condizioni di totale incuria, privo di cure adeguate e di assistenza, senza che le autorità adottassero misure idonee a proteggerne la vita.

Con riferimento all'art. 3 CEDU, oltre al caso *Stanev c. Bulgaria* (2012) già citato e illustrato *infra* nel testo, si vedano *Lavorgna c. Italia* (ric. n. 8436/21, 7 novembre 2024), ove la Corte ha censurato l'uso prolungato della contenzione meccanica durante un ricovero psichiatrico, protrattosi per diversi giorni oltre quanto strettamente necessario, ritenendolo lesivo della dignità della persona e *Niort c. Italia* (ric. n. 4217/23, 27 marzo 2025), ove la Corte ha ravvisato una violazione procedurale dell'art. 3 CEDU per l'assenza di una valutazione rigorosa della compatibilità tra le condizioni psichiatriche del ricorrente e la detenzione in carcere, evidenziando come la particolare vulnerabilità della persona imponesse un controllo più stringente da parte delle autorità.

[14] Per un esempio il caso *Stanev c. Bulgaria* (2012) citato subito *infra* nel testo.

[15] In *Blokhin c. Russia* (ric. n. 47152/06, Grande Camera, 23 marzo 2016), la Corte ha ravvisato la violazione dell'art. 6 parr. 1 e 3 CEDU con riferimento alla detenzione di un minore affetto da disturbi comportamentali in un centro per minori delinquenti, disposta sulla base di accertamenti svolti senza adeguate garanzie difensive, senza assistenza legale effettiva e senza la possibilità per l'interessato di partecipare in modo consapevole al procedimento.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

acquisirne il consenso. Stanev vi rimaneva per anni, vivendo in condizioni materiali gravemente carenti, sottoposto a un regime di uscite autorizzate e privo di rimedi effettivi per contestare il proprio collocamento. In tale contesto, la Corte ha ritenuto che la combinazione tra incapacità legale, isolamento istituzionale e assenza di garanzie effettive determinasse una situazione di vulnerabilità particolarmente accentuata, tale da imporre un livello rafforzato di tutela sia sul piano sostanziale sia su quello procedurale. In particolare, il collocamento è stato qualificato come privazione della libertà ai sensi dell'art. 5 par. 1 CEDU, in quanto disposto senza il consenso dell'interessato e protratto nel tempo, in assenza di un controllo giurisdizionale effettivo; la Corte ha inoltre accertato la violazione dell'art. 6 par. 1 CEDU, evidenziando l'impossibilità per l'interessato di ottenere un riesame giudiziale della misura, e dell'art. 3 CEDU, in ragione delle condizioni materiali degradanti dell'istituto.

Centrale nella materia in esame è poi l'art. 8 CEDU (vita privata e familiare). Tale norma è stata progressivamente interpretata in senso ampio, fino a ricomprendere il diritto all'autodeterminazione, alle relazioni sociali e alle scelte esistenziali, anche nei contesti di vulnerabilità[16]. Per esempio, nel già citato caso *Calvi e altri c. Italia* (2023),

[16] Sul punto, v. *Botta c. Italia* (ric. n. 21439/93, 24 febbraio 1998), in cui la Corte, pur riconoscendo che la vita privata comprende l'integrità fisica e lo sviluppo della personalità nelle relazioni sociali, ha escluso l'applicabilità dell'art. 8 in assenza di un nesso diretto e immediato tra le misure richieste e tale sfera, delineando così un primo limite alla sua estensione nei casi di disabilità. In una prospettiva in parte diversa, la decisione *La Parola e altri c. Italia* (ric. n. 39712/98, 30 novembre 2000) ha ritenuto che le prestazioni assistenziali possano rientrare nell'ambito dell'art. 8 quale espressione degli obblighi positivi dello Stato, purché sussista un collegamento sufficientemente stretto con la vita privata o familiare, lasciando tuttavia ampio margine di apprezzamento nella loro concreta definizione.

La giurisprudenza successiva ha progressivamente ampliato gli ambiti protetti, ricomprendendo nella vita privata, con particolare riferimento alle persone con disabilità, anche la sfera dell'autonomia decisionale e dell'identità personale, come affermato in *Shtukaturov c. Russia* (ric. n. 44009/05, 27 marzo 2008), ove la privazione integrale della capacità di agire è stata ritenuta incidente direttamente sull'art. 8. In senso ulteriore, la Corte ha incluso tra gli aspetti rilevanti della vita privata anche le condizioni sanitarie e terapeutiche che rendono possibile l'esercizio dell'autonomia, come emerge da *Savran c. Danimarca* (ric. n. 57467/15, Grande Camera, 7 dicembre 2021), in cui le decisioni di espulsione di una persona affetta da grave patologia psichiatrica sono state valutate alla luce del loro impatto sulla salute mentale e sulla continuità del trattamento.

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

la Corte ha affermato che l'applicazione di misure di protezione giuridica, quali l'amministrazione di sostegno, e il ricovero coatto in una struttura residenziale incidono sulla vita privata quando determinano isolamento sociale e compressione dell'autonomia, in assenza di un esame concreto e di garanzie effettive volte a rispettare la volontà e le preferenze dell'interessato.

A tali profili si affianca il ruolo dell'art. 14 CEDU, che consente di cogliere la dimensione strutturale delle discriminazioni fondate sulla disabilità, nonché quello delle disposizioni dei Protocolli aggiuntivi, che estendono la tutela a ulteriori ambiti, quali l'istruzione. Per esempio nel caso *Çam c. Turchia* (ric. n. 51500/08, 23 febbraio 2016) la Corte EDU ha riconosciuto la violazione dell'art. 14 CEDU in combinato disposto con l'art. 2 Prot. n. 1 (diritto all'istruzione) in un caso di rifiuto di accesso a un'accademia musicale fondato esclusivamente sulla disabilità visiva della ricorrente e sull'assenza di adeguamenti del sistema educativo, chiarendo che il principio di non discriminazione impone agli Stati non solo di astenersi da trattamenti differenziati ingiustificati, ma anche di adottare misure positive, quali accomodamenti ragionevoli, per garantire l'effettivo esercizio dei diritti in condizioni di uguaglianza[17].

In modo trasversale, indipendentemente dalla disposizione convenzionale applicata, la giurisprudenza della Corte EDU consente di individuare tre direttrici fondamentali che orientano il giudizio di compatibilità delle misure nazionali con la CEDU: (i) il divieto di automatismi fondati sulla disabilità; (ii) il principio di necessità e proporzionalità delle misure limitative; (iii) la centralità della partecipazione della persona.

(i) Anzitutto, la Corte EDU afferma con chiarezza che la condizione di disabilità, intellettiva o psichica, non può mai costituire di per sé una giustificazione automatica per la limitazione dei diritti fon-

[17] Per un altro esempio v. *G.L. c. Italia* (ric. n. 59751/15, 10 settembre 2020), relativa al caso di una minore con disturbo dello spettro autistico alla quale non era stato garantito un adeguato sostegno scolastico, nonostante le specifiche esigenze educative. In tale occasione, la Corte ha accertato la violazione dell'art. 14 CEDU in combinato disposto con l'art. 2 Prot. n. 1, rilevando come la mancata predisposizione di misure adeguate di supporto avesse determinato un'esclusione di fatto dall'accesso effettivo all'istruzione. La pronuncia chiarisce che il principio di non discriminazione, in relazione alla disabilità, impone agli Stati non solo di astenersi da trattamenti differenziati ingiustificati, ma anche di adottare misure positive e accomodamenti ragionevoli idonei a garantire un accesso effettivo e non meramente formale ai diritti fondamentali, contribuendo così alla costruzione di una nozione sostanziale di uguaglianza.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

damentali. Sono incompatibili con la CEDU le decisioni fondate su presunzioni generali, categorie astratte o sulla sola diagnosi medica, in quanto tali approcci prescindono dalla concreta situazione della persona e si risolvono in forme di trattamento stereotipato.

In questa prospettiva, la Corte richiede che ogni restrizione sia giustificata sulla base di una valutazione individuale, concreta e attuale della persona interessata, che tenga conto delle sue condizioni effettive e delle possibili misure meno restrittive.

Tale esigenza emerge con particolare evidenza nella già citata sentenza *Stanev c. Bulgaria* (ric. n. 36760/06, Grande Camera, 17 gennaio 2012). In essa, infatti, la Corte accerta che il collocamento dell'interessato in un istituto sociale, disposto nell'ambito di un regime di curatela, integrava una vera e propria privazione della libertà ai sensi dell'art. 5 CEDU, accompagnata dall'assenza di rimedi effettivi per contestarla e da condizioni di vita incompatibili con il rispetto della dignità della persona, in violazione degli artt. 5, 6 e 3 CEDU. In tale contesto, si valorizza la combinazione tra incapacità legale, istituzionalizzazione e mancanza di garanzie procedurali, rilevando come essa esponga la persona a un rischio particolarmente elevato di isolamento e dipendenza, imponendo uno scrutinio più penetrante sulla legittimità della misura e sulle condizioni della sua esecuzione. La pronuncia evidenzia, in particolare, come l'assenza di un accesso effettivo a un giudice e la mancata possibilità di ottenere un riesame della misura incidano in modo determinante sull'effettività dei diritti convenzionali, soprattutto quando la persona si trovi in una situazione di fragilità e di sostanziale soggezione alle decisioni altrui. In tale contesto, la Corte evidenzia come la sottoposizione a un regime di incapacità legale, in assenza di adeguati strumenti di controllo e di accesso alla giustizia, possa incidere in modo significativo sull'effettività dei diritti dell'interessato (par. 130). Ne deriva che il passaggio da un modello fondato sullo status a un modello centrato sulla persona si traduce nel divieto di automatismi decisionali e nell'obbligo per le autorità di procedere a un accertamento individualizzato, fondato su elementi attuali e su un esame rigoroso della necessità e proporzionalità delle misure adottate.

(ii) Un secondo standard centrale è rappresentato dal principio di necessità e proporzionalità, che la Corte EDU declina in modo particolarmente esigente nei casi riguardanti persone con disabilità o, più in generale, in condizioni di vulnerabilità. Le misure restrittive sono ammissibili solo se risultano necessarie rispetto alla situazione concreta, adeguate allo scopo perseguito, le meno restrittive possibili, limitate nel tempo e soggette a riesame.

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

In tale prospettiva, la Corte sottopone tali misure a uno scrutinio particolarmente attento di proporzionalità, in considerazione della riduzione del margine di apprezzamento dello Stato quando siano in gioco i diritti di persone in condizione di vulnerabilità.

Un esempio emblematico è offerto dalla sentenza *Glor c. Svizzera* (ric. n. 13444/04, 30 aprile 2009), nella quale la Corte ravvisa una violazione degli artt. 8 e 14 CEDU nel trattamento riservato a un cittadino svizzero affetto da diabete, dichiarato inabile al servizio militare ma al contempo obbligato al pagamento di una tassa sostitutiva. La Corte osserva, anzitutto, che la misura rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 8 CEDU, in quanto incide sulla vita privata dell'interessato, pur producendo effetti prevalentemente patrimoniali (par. 54). Sotto il profilo dell'art. 14, i giudici europei rilevano che la distinzione operata dalle autorità svizzere tra persone affette da handicap «grave» e «non grave» si fonda su criteri rigidi e astratti, non adeguatamente calibrati sulla situazione individuale del ricorrente, e sottolineano che, in presenza di una condizione di disabilità, il margine di apprezzamento dello Stato risulta significativamente ridotto (par. 84). In tale prospettiva, la Corte EDU procede a un controllo particolarmente rigoroso della proporzionalità della misura, evidenziando come le autorità non abbiano adeguatamente considerato né la disponibilità del ricorrente a prestare servizio, né la possibilità di soluzioni alternative meno restrittive (parr. 94-95). Ne deriva che, in assenza di giustificazioni sufficientemente convincenti e di un esame individualizzato della situazione, la differenza di trattamento non può ritenersi proporzionata rispetto al fine perseguito, con conseguente violazione del principio di uguaglianza sostanziale (parr. 96-97).

Tali principi trovano ulteriore conferma nella sentenza *Blokhin c. Russia* (ric. n. 47152/06, Grande Camera, 23 marzo 2016), in cui la Corte ribadisce che la privazione della libertà di una persona vulnerabile deve costituire una misura di ultima istanza, essere limitata nel tempo e accompagnata da garanzie adeguate, sia sul piano sostanziale sia su quello procedurale. Nel caso di specie, la Corte ha ritenuto sproporzionata la detenzione del ricorrente in un centro per minori che delinquono, evidenziando l'assenza di una reale necessità della misura, la mancanza di alternative meno restrittive e l'inadeguatezza delle condizioni di detenzione rispetto alla sua situazione personale.

(iii) Un terzo standard fondamentale elaborato dalla giurisprudenza della Corte EDU è rappresentato dalla centralità della partecipazione della persona ai procedimenti che la riguardano. I giudici europei affermano infatti in modo costante che la persona vulnerabile deve

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

essere posta nelle condizioni di partecipare effettivamente al processo decisionale, di essere ascoltata e di incidere, per quanto possibile, sull'esito della decisione. La partecipazione non si esaurisce, dunque, nella mera previsione formale di un diritto all'audizione, ma implica un coinvolgimento reale e sostanziale, tale da consentire alla persona di esprimere la sua volontà e le sue preferenze e di vederle adeguatamente considerate.

In questa prospettiva, la partecipazione costituisce una condizione sostanziale di legittimità della decisione, e non un adempimento meramente formale. Ciò emerge con particolare chiarezza nella sentenza *Shtukaturov c. Russia* (2008), nella quale la Corte, in relazione all'art. 6 par. 1 CEDU, sottolinea che la presenza della persona nel procedimento è indispensabile non solo per consentirle di difendere i propri diritti, ma anche per permettere al giudice di formarsi un giudizio diretto e concreto sulla sua condizione (parr. 72-73). L'esclusione dell'interessato dal procedimento comporta, pertanto, una compromissione radicale dell'equità del processo e dell'effettività delle garanzie convenzionali, con riflessi anche sulla tutela della vita privata ai sensi dell'art. 8 CEDU.

Il medesimo standard si inserisce in un orientamento più ampio della Corte volto a riconoscere, nei confronti delle persone in condizioni di particolare vulnerabilità, l'esigenza di garanzie procedurali rafforzate. In tal senso, nella già citata sentenza *Blokhin c. Russia* (Grande Camera, 2016), la Corte, nel ravvisare la violazione dell'art. 6 CEDU, ribadisce che anche nei confronti di soggetti vulnerabili, e in particolare di minori con disabilità, devono essere assicurate garanzie procedurali effettive e adeguate, equivalenti a quelle riconosciute agli altri soggetti, tenuto conto della loro età e delle loro condizioni personali.

Tale principio riceve una declinazione particolarmente incisiva nella ben nota sentenza *Calvi e altri c. Italia* (2023), nella quale la Corte EDU ha accertato la violazione dell'art. 8 CEDU in un caso in cui una persona anziana, pur non dichiarata incapace e in grado di esprimere le proprie preferenze, è stata progressivamente esclusa dalle decisioni che la riguardavano. In particolare, la Corte rileva che l'interessato è stato coinvolto solo in modo episodico, mentre le decisioni più incisive – tra cui il ricovero in una struttura residenziale e la limitazione dei contatti con l'esterno – sono state adottate senza un esame concreto e scrupoloso della sua volontà e senza un effettivo coinvolgimento nel procedimento. In tale contesto, la Corte afferma espressamente che il bisogno di protezione non può tradursi automaticamente nell'imposi-

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

zione di misure restrittive e che ogni intervento deve, per quanto possibile, rispecchiare i desideri e le preferenze della persona interessata (par. 60). Ne deriva che la partecipazione non rappresenta un elemento accessorio del procedimento, ma un criterio sostanziale di legittimità della decisione, soprattutto quando siano in gioco scelte esistenziali fondamentali. La Corte sottolinea inoltre come l'assenza di partecipazione si accompagni, in tali contesti, a un sistema decisionale centrato su logiche sostitutive, idoneo a determinare una sostanziale neutralizzazione della capacità decisionale della persona e a esiti di isolamento di fatto assimilabili a forme di segregazione.

Ne deriva che, nell'ottica convenzionale, la partecipazione non costituisce soltanto una garanzia procedurale, ma rappresenta un elemento strutturale del giudizio di proporzionalità: essa consente di verificare se la misura adottata sia effettivamente calibrata sulla persona e rispettosa della sua dignità, autonomia e vita privata, imponendo agli Stati non solo di assicurare il coinvolgimento dell'interessato, ma anche di prevenire situazioni di isolamento o esclusione dalla vita sociale.

4. *… E la loro ricaduta per la giustizia tutelare italiana*

Gli standard elaborati dalla giurisprudenza della Corte EDU in materia di disabilità producono ricadute dirette e rilevanti sull'attività della giustizia ordinaria, e in particolare su quella tutelare, incidendo non solo sui contenuti delle decisioni, ma anche sulle modalità del processo decisionale. Come illustrato nel par. 1, essi operano come criteri di valutazione della legittimità delle decisioni giudiziarie, imponendo un controllo sostanziale sulla conformità delle misure adottate ai diritti fondamentali della persona e contribuendo a una progressiva revisione delle categorie tradizionali del diritto civile della capacità, in linea con il superamento del paradigma dell'incapacitazione legale fondato su logiche di status e sostituzione decisionale.

In questa prospettiva, tali standard assumono la funzione di regole operative che orientano, in modo trasversale, i procedimenti e le decisioni riguardanti persone con disabilità o in condizioni di vulnerabilità. Essi trovano applicazione rispetto a ogni forma di incapacitazione legale in senso sostanziale, indipendentemente dalla qualificazione formale dello strumento nell'ordinamento interno, ricomprendendo non solo le misure civilistiche di protezione come amministrazione di sostegno, interdizione e inabilitazione, ma an-

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

che quelle che, pur appartenendo ad ambiti diversi, determinano una limitazione o sostituzione della capacità decisionale della persona, come è il caso dei trattamenti sanitari obbligatori[18]. Ciò che rileva, infatti, è l'effetto concreto di compressione dell'autonomia individuale, che impone al giudice un vaglio particolarmente rigoroso sulla legittimità delle misure adottate.

Le principali ricadute si concentrano sul piano delle garanzie procedurali effettive, del diritto alla partecipazione e del controllo di proporzionalità delle limitazioni ai diritti fondamentali, con particolare riferimento agli artt. 5, 6, 8 e 14 CEDU.

In tale quadro, come illustrato sopra, un primo principio affermato con costanza dalla Corte EDU è che i diritti di partecipazione non possano mai essere esclusi. Anche in presenza di un'incapacità legale o naturale, ogni individuo deve essere, per quanto possibile in relazione alla propria condizione concreta, coinvolto nel processo decisionale che lo riguarda.

In questa prospettiva, come si è visto, la giurisprudenza convenzionale impone di distinguere tra partecipazione e autodeterminazione[19]. La prima rappresenta una garanzia procedurale incomprimibile, che deve essere assicurata in ogni caso; la seconda può essere limitata, ma solo in presenza di presupposti rigorosi e verificabili nel caso concre-

[18] Come emerge dai paragrafi che precedono, la Corte EDU applica principi sostanzialmente omogenei a fattispecie appartenenti ad ambiti differenti, valorizzando l'effetto concreto delle misure sui diritti fondamentali della persona piuttosto che la loro qualificazione formale. Così, in *Calvi e altri c. Italia*, relativa all'amministrazione di sostegno, la Corte ha censurato l'utilizzo della misura per realizzare una forma di restrizione della libertà personale e della vita privata in assenza di adeguate garanzie. Analogamente, in pronunce riguardanti il trattamento sanitario obbligatorio e, più in generale, le misure sanitarie coercitive, come *Lavorgna c. Italia* (2024), la Corte ha applicato i medesimi criteri di controllo fondati sugli artt. 5 e 8 CEDU, richiedendo una verifica rigorosa della necessità, proporzionalità e delle garanzie procedurali.

[19] Sul punto, v. sopra ove si è dato conto della giurisprudenza della Corte EDU che afferma la necessità del coinvolgimento effettivo della persona anche in presenza di limitazioni della capacità legale, in particolare *Shtukaturov c. Russia* (2008), *Stanev c. Bulgaria* (2012), *Blokhin c. Russia* (2016) e *Calvi e altri c. Italia* (2023), nelle quali la Corte ha chiarito che la partecipazione costituisce una garanzia procedurale incomprimibile, mentre eventuali limitazioni dell'autodeterminazione devono essere sottoposte a un accertamento rigoroso e proporzionato. Per un approfondimento si consenta il rinvio a J. Long, *Oltre l'incapacitazione? L'interdizione, l'inabilitazione e l'amministrazione di sostegno alla prova dello human rights-based approach*, cit., 141 ss.

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

to. Mentre la partecipazione non può mai essere esclusa, l'autodeterminazione può essere oggetto di compressione solo a seguito di un accertamento individualizzato e proporzionato.

Tale distinzione assume particolare rilievo nell'applicazione degli istituti di protezione previsti dall'ordinamento interno, anche alla luce della necessità di evitare che strumenti formalmente orientati alla tutela si traducano, in concreto, in meccanismi di esclusione o di «silenziazione» della persona vulnerabile.

Esemplare, sotto questo profilo, è il caso dell'amministrazione di sostegno, che nella prassi applicativa riguarda frequentemente persone che conservano, in misura più o meno ampia, capacità decisionali o comunque la possibilità di esprimere in modo chiaro e consapevole la propria opinione[20]. Proprio per questa ragione, la partecipazione dell'interessato assume un rilievo centrale, quale presidio contro il rischio che la misura si traduca in una sostituzione non giustificata della volontà della persona.

La principale garanzia di tale partecipazione è rappresentata dall'ascolto diretto da parte del giudice. L'art. 407, comma 2, c.c., com'è noto, prescrive infatti che il giudice tutelare «senta personalmente la persona» interessata, attribuendo a tale adempimento una funzione che va oltre la mera acquisizione di informazioni, per investire la stessa legittimità della decisione.

Nella prassi, tuttavia, tale garanzia è talvolta compressa e svuotata di effettività. Ciò accade, in particolare, nei procedimenti di ampliamento della misura di protezione ad aspetti esistenziali, come avvenuto nel caso *Calvi e al. c. Italia* (2023) in cui il beneficiario non è stato ascoltato dal giudice al momento di decidere di conferire all'amministratore di sostegno anche il potere di decidere sul collocamento residenziale. Inoltre, sembrerebbe talvolta escludersi l'ascolto per contrarietà dello stesso all'interesse della persona[21] o perché inutile in

[20] In tal senso, v. Fondazione E. Zancan, *Monitoraggio e ricognizione nazionale delle esperienze di amministratore di sostegno*, in *Studi Zancan*, 5-6/2022, basata su un'ampia ricerca empirica condotta mediante analisi di prassi territoriali, interviste semistrutturate e approfondimenti qualitativi con operatori giuridici e sociali, nonché su dati raccolti presso 738 soggetti (amministratori di sostegno, assistenti sociali e giudici tutelari), dalla quale emerge come l'amministrazione di sostegno sia nella pratica applicata prevalentemente a situazioni di vulnerabilità non coincidenti con una totale incapacità, ma caratterizzate da bisogni di supporto modulabile e da margini residui di autonomia decisionale.

[21] R. Masoni, *Il giudice tutelare*, Giuffrè, Milano, 2018, 502 e Id., Odi et amo:

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

ragione dell'assenza di conflitti familiari[22]. Infine, l'elevato carico di lavoro dei giudici tutelari togati sembra portare, da un lato, a un massiccio ricorso alla delega dell'audizione a giudici onorari[23] e, dall'altro, al ricorso a modalità di ascolto a distanza[24].

Ne deriva il rischio che l'audizione si riduca a un adempimento meramente formale, in contrasto con gli standard convenzionali che richiedono un coinvolgimento effettivo e sostanziale della persona nel processo decisionale. In tale prospettiva, l'ascolto personale non può essere inteso come un momento isolato e standardizzato, ma deve costituire il fulcro di un processo decisionale partecipato, nel quale la volontà e le preferenze dell'interessato siano effettivamente considerate e, ove disattese, adeguatamente motivate. Alla luce della giurisprudenza di Strasburgo, quindi, l'ascolto non può essere surrogato automaticamente dalla rappresentanza o dall'intermediazione dell'amministratore o del tutore: il giudice è tenuto a motivare in modo esplicito su come la volontà e le preferenze della persona siano state considerate e, in particolare, sulle ragioni per cui esse siano state eventualmente

consenso, dissenso e rispetto della dignità del beneficiario di ADS, in *Dir. fam. pers.*, 2021, n. 2, 820 secondo cui la «riferita prassi curiale appare distonica (oltre a risultare *contra legem*, dato che l'audizione costituisce un dovere istituzionale del g.t.: art. 407, comma 2) rispetto alla filosofia di fondo che pervade il microsistema della neo protezione».

[22] Riferisce di questa prassi, censurandola, R. Masoni, *Il giudice tutelare*, cit., 502.

[23] R. Masoni, Odi et amo: *consenso, dissenso e rispetto della dignità del beneficiario di ADS*, cit., 820-821. Nella pratica non viene effettuata la registrazione del colloquio. Il giudice onorario prepara di solito un verbale molto sintetico che confluisce poi nel fascicolo. Il rischio è tuttavia che in questo modo si disconosca l'oralità della procedura che dovrebbe invece consentire al giudice di tenere conto anche per esempio del linguaggio non verbale della persona.

[24] La modalità a distanza, sviluppatasi durante la pandemia da Covid-19 in ragione delle restrizioni agli spostamenti, è oggi formalizzata dalla cosiddetta Riforma Cartabia. L'art. 473 *bis*.54, dettato con riferimento alle interdizioni e alle inabilitazioni ma applicabile *mutatis mutandis* alle amministrazioni di sostegno, stabilisce infatti che il giudice «valutata ogni circostanza, può disporre che l'udienza si tenga tramite collegamento audiovisivo a distanza, individuando modalità idonee ad assicurare l'assenza di condizionamenti». L'uso del mezzo audiovisivo rischia tuttavia di depotenziare notevolmente l'importanza dell'ascolto perché crea una distanza con l'ascoltato, il quale, inoltre, potrebbe più facilmente essere oggetto di condizionamenti esterni di familiari o del personale della struttura che lo accoglie proprio in ragione della mancata compresenza fisica con il giudice.

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

disattese. Ogni scostamento richiede una giustificazione rafforzata, idonea a dimostrare la necessità e la proporzionalità dell'ingerenza.

Analoghi obblighi di controllo e motivazione gravano sul giudice nella graduazione dei contenuti concreti della limitazione della capacità di agire della persona vulnerabile. In quest'ottica devono essere stigmatizzati i riferimenti nei decreti di amministrazione di sostegno a categorie generiche o astratte di atti (es. «consenso informato ai trattamenti sanitari») per individuare i poteri dell'amministratore, nonché a formule standard inserite nel decreto indipendentemente dalla condizione del beneficiario (i cosiddetti «decreti fotocopia»)[25]. Al contrario è opportuno che si delinei invece con precisione il contenuto concreto dei poteri di assistenza o di rappresentanza conferiti all'amministratore, specificando, ad esempio, che essi riguardano il «consenso informato ai trattamenti che concernano terapie farmacologiche ordinarie, esami diagnostici invasivi, interventi chirurgici non urgenti», o comunque limitando l'ambito d'azione a situazioni cliniche previamente identificate.

In effetti poi l'art. 405, comma 5, c.c. consente di modulare in modo flessibile l'intervento, ammettendo anche amministrazioni di sola assistenza – caratterizzate dalla compresenza del beneficiario e dell'amministratore negli atti – e non impone una compressione della capacità di agire. Parimenti, l'art. 405 comma 6, c.c. prevede la possibilità che la misura sia a tempo determinato, in funzione delle esigenze concrete della persona. Tuttavia, l'analisi della prassi applicativa evidenzia come tali strumenti di flessibilità risultino ancora poco utilizzati, a favore di

[25] Dalle interviste svolte nell'ambito della già menzionata indagine della Fondazione Zancan emerge il «rischio di un'eccessiva standardizzazione dei provvedimenti che portano alla nomina e definiscono i contenuti del ruolo dell'amministrazione di sostegno»: D. Geron, *Dal focus qualitativo alle raccomandazioni*, in *Monitoraggio e ricognizione nazionale delle esperienze di amministrazione di sostegno,* in *Studi Zancan, 2022, nn. 5 e 6,* 118. Di «inaccettabile genericità» parla M. Dogliotti, *Capacità, incapacità, diritti degli incapaci. Le misure di protezione*, nel *Trattato Cicu-Messineo*, Giuffrè, Milano, 2019, 681. In senso analogo P. Cendon, *20 anni di amministrazione di sostegno*, in *Giustiziainsieme.it*, 2024 che parla di «decreti fatti in serie, troppo laconici e allo stesso tempo troppo ampi» (cfr. anche P. Cendon, C. Comand, *20 anni di amministrazione di sostegno (2004-2024)*, Key Editore, Milano, 2024, 267). Conformi M.N. Bugetti, *Verso… e oltre l'amministrazione di sostegno: una retrospettiva su un criticato istituto di successo*, in *Fam. dir.*, 2024, 309; G. Carlesso, *Un diritto gentile per la persona anziana. Cambiare le norme non basta*, in Ar. Fusaro, M. Piccinni, *Un diritto gentile per la persona anziana*, Pacini Giuridica, Pisa, 2024.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

modelli di intervento più incisivi e tendenzialmente standardizzati[26]. Ciò sembra riflettere la persistenza di un approccio sostanzialmente orientato alla sostituzione, nel quale l'amministrazione di sostegno rischia di essere utilizzata non come strumento di valorizzazione delle capacità residue, ma come mezzo di gestione complessiva della persona vulnerabile.

In questa prospettiva, appare particolarmente rilevante il potenziamento degli strumenti che consentono di ridurre al minimo la limitazione della capacità di agire, tra cui, oltre alle già menzionate amministrazioni di sostegno non incapacitanti[27] e a tempo determinato, il

[26] I provvedimenti in cui non vi sono limitazioni alla capacità di agire del beneficiario sono rari. Un provvedimento del Giudice tutelare di Pinerolo del 2004 precisa nel dispositivo che la beneficiaria continua a conservare la piena capacità di agire in relazione agli atti per i quali viene conferito all'amministratore il potere di rappresentanza (Trib. Pinerolo, 4 novembre 2004, in *personaedanno.it*.). Nello stesso anno due decreti di Parma, conferiscono all'amministratore poteri di rappresentanza, precisando che il beneficiario possa continuare a compiere in autonomia atti nei medesimi ambiti (Trib. Parma 2 aprile 2004, n. 536 e Trib. Parma, 2 aprile 2004, n. 537, in *Notariato*, 2004, 399). Nel 2007, invece, un decreto del giudice tutelare di Palmi apre un'amministrazione dichiarando che lo strumento «potrà garantire al beneficiario un adeguato livello di protezione senza riduzione alcuna della capacità di agire» (Trib. Palmi, 5 marzo 2007, in *Giur. merito*, 2007, 2636), ma poi limita in concreto la capacità di agire del beneficiario disponendo che, quanto agli aspetti patrimoniali, «l'amministratore di sostegno ha il potere di compiere tutte le attività di ordinaria e straordinaria amministrativa» e che la «capacità concorrente» del beneficiario permane «in ordine al mero compimento degli atti necessari a soddisfare le esigenze della propria vita quotidiana» (*ibidem*). Infine, un interessante provvedimento triestino attribuisce all'amministratore di sostegno compiti generali di rappresentanza per la cura della persona in coma e del suo patrimonio, precisando tuttavia come non si tratti di rappresentanza esclusiva che priverebbe il beneficiario della capacità di agire in quanto tale limitazione sarebbe inutile e irrilevante stante l'impossibilità fisica di agire dello stesso (Trib. Trieste, 2 luglio 2008, in *personaedanno.it*).

Ugualmente rare, se non addirittura rarissime, sono le amministrazioni di sostegno a tempo determinato: cfr. i dati citati da E. Grandi, *L'amministrazione di sostegno a Modena. Tra esigenze di protezione e libertà di autodeterminazione*, NFC Edizioni, Rimini, 2015, 83: nel decennio 2004-2013, oltre il 95% dei decreti prevedeva incarichi a tempo indeterminato, mentre solo il 4,9% circa erano a tempo determinato. In alcuni anni, come il 2012 e il 2013, la percentuale di incarichi a tempo determinato scende addirittura all'1-2%.

[27] Se è certamente vero, come è stato autorevolmente osservato, che queste amministrazioni di sostegno di mero supporto si strutturano nella sostanza come una «rappresentanza concorrente» simile alle procure (V. Barba, *Persone con disabilità e*

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

provvedimento provvisorio ai sensi dell'art. 405, comma 4, c.c. La sua natura cautelare implica infatti una durata necessariamente limitata e un controllo giudiziario ravvicinato, risultando coerente con l'esigenza di adottare misure temporanee, proporzionate e suscettibili di revisione.

L'impiego più ampio di tali strumenti consentirebbe di avvicinare la prassi applicativa al modello delineato dallo *human rights-based approach*, che richiede interventi graduati, individualizzati e rispettosi dell'autonomia residua della persona, evitando il ricorso a soluzioni rigide o tendenzialmente permanenti che finiscano per riprodurre, in via di fatto, logiche proprie dell'incapacitazione tradizionale.

5. *Conclusioni*

L'analisi svolta nei paragrafi che precedono mostra come la giurisprudenza della Corte EDU segni il passaggio da un approccio fondato sullo status a un modello ove ogni intervento limitativo dei diritti della persona deve essere sottoposto a un controllo concreto, individualizzato e proporzionato, sottratto a logiche automatiche e categoriali, secondo gli standard convenzionali ricostruiti nel corso dell'analisi.

In questa prospettiva, la funzione delle corti italiane – e, in particolare, della giustizia tutelare – assume un rilievo decisivo: non si tratta più di applicare schemi normativi predefiniti, ma di verificare, caso per caso, la necessità e la legittimità dell'ingerenza, valorizzando la partecipazione della persona interessata e le sue preferenze.

Ne deriva che gli istituti di protezione del diritto interno non risultano di per sé incompatibili in quanto tali con la CEDU, ma lo diventano nel loro concreto funzionamento ogniqualvolta siano applicati in modo standardizzato, non proporzionato o privi di effettive

capacità. Art. 12 della CRPD e diritto civile italiano, cit., 437), la presenza del controllo del giudice tutelare sembra giustificare, ove opportuno secondo le specificità del caso, un maggiore ricorso ad esse rispetto allo strumento meramente negoziale (Così G. Bonilini, Sub *Artt. 409 e 410*, in Bonilini e Tommaseo, *Dell'amministrazione di sostegno. Artt. 404-413*, in *Commentario al codice civile fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli*, Giuffrè, Milano, 2008, 379. Sulla maggior garanzia che deriva dal controllo del giudice tutelare rispetto all'ambito meramente privatistico del rapporto tra procuratore e rappresentato P. Cendon e R. Rossi, *Amministrazione di sostegno,* Utet, Torino, 2009, 120).

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

garanzie procedurali[28]. In particolare, con riferimento alla prassi applicativa dell'amministrazione di sostegno, il rischio non risiede tanto nello strumento in sé, quanto nel suo utilizzo in chiave sostitutiva e non partecipata.

È proprio in questo spazio tra norme interne e controllo convenzionale che si colloca il ruolo della giustizia tutelare italiana, chiamata a tradurre in decisioni concrete gli standard europei, evitando tanto automatismi paternalistici quanto letture astratte e non operabili dei diritti fondamentali.

In questa prospettiva, la giurisprudenza della Corte EDU si configura non solo come parametro di legittimità, ma come criterio orientativo stabile per l'esercizio della funzione giurisdizionale, capace di guidare la costruzione di decisioni rispettose della dignità, dell'autonomia e della partecipazione della persona.

[28] È in effetti possibile chiedersi se gli strumenti civilistici di incapacitazione legale (interdizione, inabilitazione e, almeno in parte, amministrazione di sostegno) possano oggi ritenersi costituzionalmente illegittimi per violazione dell'art. 117 Cost. considerato in combinato disposto con l'art. 8 CEDU (oltre che con l'art. 12 CRPD). In senso contrario, mi pare tuttavia depongano diversi argomenti. Anzitutto, il giudice *a quo* dovrebbe dimostrare di non poter dare un'interpretazione costituzionalmente orientata optando nel caso di specie per una misura che comporti una minor limitazione della capacità di agire. In questa prospettiva, l'ordinamento già offre gli strumenti necessari per evitare soluzioni in contrasto con i principi costituzionali, in primis con quello di proporzionalità e di minor sacrificio possibile della capacità legale e dell'autodeterminazione. Inoltre, in concreto, l'interesse della persona vulnerabile può richiedere la limitazione della capacità legale (si pensi alla persona che, a causa di una compromissione cognitiva o psichica, adotti comportamenti gravemente disfunzionali, quali la tendenza al vagabondaggio o all'accumulo compulsivo, tali da esporla a rischi concreti per la propria incolumità o per quella altrui) e dunque l'esclusione di qualsiasi meccanismo di incapacitazione rischia di portare lo Stato ad abdicare a un preciso dovere di solidarietà sociale, pur costituzionalmente sancito (art. 2, art. 3, comma 2, art. 31 Cost.). Per un approfondimento dei profili di legittimità costituzionale v. M. Piccinni, *Gli adulti privi in tutto o in parte di autonomia*, in C.M. Mazzoni e M. Piccinni (a cura di), *La persona fisica*, in *Trattato dir. priv*. a cura di G. Iudica e P. Zatti, Cedam, Padova, 2019.

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

PARTE II

Ambiti applicativi e strumenti di tutela

Quirino Camerlengo

Diritto allo studio, merito ed eguaglianza sostanziale: la sfida costituzionale dell'inclusione scolastica

Sommario: 1. Studenti con disabilità e «gradi più alti degli studi». – 2. Per una rilettura dell'eguaglianza sostanziale: oltre il fattore economico. – 3. Capacità e merito, oltre il mero rendimento scolastico. – 4. Evoluzione del quadro normativo e criticità persistenti. – 5. Universalizzazione della scuola inclusiva e pari dignità sociale.

1. *Studenti con disabilità e «gradi più alti degli studi»*

L'impegno delle istituzioni repubblicane per assicurare l'inclusione scolastica degli studenti e delle studentesse con disabilità è rimesso alla mera discrezionalità del legislatore ordinario oppure è un obbligo sancito dalla Costituzione? Il diritto di questi studenti di raggiungere i gradi più alti dell'istruzione è rimesso a scelte di merito devolute alle mutevoli maggioranze che si avvicendano al potere oppure riposa direttamente sulla Costituzione?

Questo dubbio nasce dalla constatazione che, nel dettato costituzionale, manca una previsione *testualmente* dedicata a questi studenti. Basta leggere l'art. 34 Cost. che è il vero e autentico pilastro della «Costituzione scolastica»[1].

Alla disabilità si allude, piuttosto, nell'art. 38 Cost., con una formula linguistica – i «minorati» – che forse negli anni della Costituente

[1] Cfr., senza ambizione di completezza, V. Crisafulli, *La scuola nella costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, 55 ss.; U. Pototschnig, voce *Istruzione*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, 96 ss.; S. Cassese, *La scuola: ideali costituenti e norme costituzionali*, in *Giur. cost.*, 1974, 3614 ss.; M. Troisi, *La Costituzione scolastica*, Bari, 2008; F. Cortese, *La Costituzione scolastica: radici, temi e risultati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, 45 ss.; R. Calvano, *Scuola e Costituzione, tra autonomie e mercato*, Roma, 2019; F. Angelini, *La scuola nella Costituzione: bilancio e letture prospettiche*, in *Dir. cost.*, 2021, 3, 11 ss.; G. Laneve, *L'istruzione come fattore di identità costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2024, 1¸452 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

poteva anche trovare riscontro nella legislazione ordinaria, ma che oggi si rivela palesemente anacronistica e soprattutto irrispettosa[2]. Il comma 3 di questo articolo riconosce agli inabili e alle persone con disabilità il «diritto all'educazione e all'avviamento professionale».

Questa previsione è sufficientemente precisa per dimostrare che è la stessa Costituzione a fondare il diritto degli studenti in parola a raggiungere i gradi più alti degli studi? La risposta non può che essere negativa.

Innanzitutto, la collocazione topografica di tale enunciato non depone a favore di tale riconoscimento. Invero, il diritto all'educazione e all'avviamento professionale rientra in una previsione più generale che ha per oggetto l'assistenza[3]. Assistenza (art. 38) e scuola (art. 34) sono fattispecie distinte.

In secondo luogo, «educazione» e «istruzione» non sono esattamente la stessa cosa. Mentre l'istruzione ruota intorno alla trasmissione di conoscenze e competenze (*instruere*, cioè «costruire dentro»), l'educazione afferisce allo sviluppo complessivo della persona in quanto mira a «tirare fuori» il suo potenziale (*educere*). È ben vero che questa dicotomia è stata messa ripetutamente in discussione[4]. Nondimeno, non si può fare a meno di notare come l'educazione, contemplata dall'art. 38, sia strettamente connessa all'avviamento professionale[5]: dunque, si educa alla professione, si prepara all'inserimento nel mondo del lavoro[6]. È come se i Costituenti avessero circoscritto, alla luce dell'esperienza vissuta sino a quegli anni, la dimensione scolastica delle persone con disabilità ad un frammento specifico, quale quello degli studi preordinati all'inserimento immediatamente lavorativo di

[2] V., al riguardo, I. De Cesare, *Costituzione e linguaggio non discriminatorio. Riflessioni intorno all'uso del termine «minorati»*, in G. Matucci (a cura di), *Diritto all'istruzione e inclusione sociale. La scuola «aperta a tutti» alla prova della crisi economica*, Milano, 2019, 213 ss.

[3] Cfr. L. Violini, *Commento all'art. 38*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, 790 s.

[4] Si rinvia alla ricostruzione di M. Baldacci, *Educazione e istruzione: oltre la dicotomia*, in *Rassegna di pedagogia,* 2021, 17 ss.

[5] Sul tipo di disabilità correlata al diritto all'avviamento professionale v. Corte cost., sentenze n. 163 del 1983 e n. 50 del 1990. V., sul punto, C. Tripodina, *Commento all'art. 38*, in S. Bartole, R. Bin (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, II ed., Padova, 2008, 374.

[6] L'intima connessione tra educazione e avviamento professionale e attività lavorativa affiora anche in Corte cost., sentenza n. 102 del 1975.

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

questi studenti. Esaurito il ciclo obbligatorio degli studi, agli studenti con disabilità sarebbe stata riconosciuta tutt'al più una ulteriore *chance* di crescita scolastica soltanto in istituti preposti alla preparazione professionale dei loro allievi. Non certo il liceo, che all'epoca era l'unica scuola superiore che abilitava all'accesso agli studi universitari.

Anche a voler riconoscere alla disposizione in oggetto la massima portata sostanziale in termini di promozione del diritto allo studio degli studenti con disabilità, residua una criticità non trascurabile: un conto è riconoscere l'astratta titolarità di questo diritto, altro è impegnarsi per renderlo effettivo rimuovendo i tanti ostacoli che si frappongono, di fatto, al raggiungimento della mèta. Non basta «aprire» le porte della scuola, essendo invece necessario far sì che l'uscita da tali istituti non sia precoce in quanto determinata da fattori ostativi che impediscono di completare l'intera esperienza formativa.

Con questo spirito si può, dunque, leggere l'importantissima pronuncia della Corte costituzionale, resa quasi quarant'anni fa, con la quale si chiarì, senza esitazioni di sorta, che agli studenti in parola non basta «facilitare» la frequenza scolastica, essendo costituzionalmente doveroso «assicurare» tale presenza e partecipazione[7]. E questa garanzia esige azioni positive e misure promozionali volte a rendere effettivo tale diritto.

Non ci resta, dunque, che tentare una esplorazione interpretativa dell'art. 34 per corroborare la tesi della doverosità costituzionale. Questa operazione ermeneutica verrà condotta alla luce dei princìpi fondamentali dell'ordinamento costituzionale.

2. *Per una rilettura dell'eguaglianza sostanziale: oltre il fattore economico*

Prendiamo le mosse dal principio di eguaglianza, nella duplice dimensione – formale e sostanziale – definita dall'art. 3 Cost.[8].

[7] Corte cost., sentenza n. 215 del 1987, su cui C. Moro, *L'eguaglianza sostanziale e il diritto allo studio: una svolta nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1987, 3065 ss. Sull'impatto di questa decisione nell'evoluzione della legislazione ordinaria v. G. Arconzo, *Commento all'art. 38*, in F. Clementi, L. Cuocolo, F. Rosa, G.E. Vigevani (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, I, II ed., Bologna, 2021, 267 s.

[8] Anche qui, nella sterminata letteratura dedicata al tema, v. A. Cerri, *Eguaglianza giuridica ed egualitarismo*, L'Aquila-Roma, 1984; N. Bobbio, *Eguaglianza*

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

Intesa nell'accezione formale, l'eguaglianza si declina come parità di trattamento legale di tutti. I fattori di discriminazione contemplati dal comma 1 dell'art. 3 puntellano il principio secondo cui tutti sono eguali davanti alla legge.

Intesa nell'accezione sostanziale, l'eguaglianza si declina come impegno delle istituzioni repubblicane a rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che si frappongono al pieno sviluppo della personalità e all'effettiva partecipazione di tutti all'organizzazione politica, economia e sociale del Paese[9].

Questa duplice configurazione del principio di eguaglianza si deve alla scelta di accedere ad una versione più moderna del costituzionalismo, ispirata alle concezioni ideali della socialdemocrazia, senza abbandonare l'eredità dello Stato liberale[10].

I Costituenti furono mossi dalla consapevolezza che i suddetti ostacoli avrebbero potuto comportare una dissociazione tra l'*astratta titolarità* dei diritti fondamentali, riconosciuta a tutti in nome dell'eguaglianza formale, e l'*effettivo godimento* degli stessi, circoscritto ai soli consociati in possesso dei beni necessari perché un diritto fondamentale possa essere davvero esercitato: una casa, un mezzo di trasporto, la salute, la conoscenza, gli strumenti per comunicare, e così via.

Il mercato, magnificato dal pensiero liberista quale modalità ottimale di gestione economica delle risorse scarse, fallì nella sua missione di garantire il benessere generale. La mano invisibile non garantì il raggiungimento del punto di equilibrio tra domanda e offerta, e quegli stessi beni, essenziali per godere davvero dei diritti fondamentali, restarono appannaggio dei soli individui e gruppi sociali provvisti delle corrispondenti e necessarie risorse innanzitutto finanziarie. La salute, ad esempio, è un bene fondamentale, ma che costa, e le imprese che

e libertà, Torino, 1995; M. Ainis, *La piccola eguaglianza*, Torino, 2015; L. Ferrajoli, *Manifesto per l'uguaglianza*, Bari-Roma, 2018; A. Schiavone, *Eguaglianza. Una nuova visione sul filo della storia*, Torino, 2019; A. D'Aloia, *Eguaglianza. Paradigmi e adattamenti di un principio «sconfinato»*, in *Rivista AIC*, 2021, 4, 17 ss.

[9] V., infatti, B. Caravita, *Oltre l'eguaglianza formale. Un'analisi dell'art. 3 comma 2 della Costituzione*, Padova, 1984; C. Buzzacchi, *Dalla coesione all'eguaglianza sostanziale*, Milano, 2005; A. Giorgis, *Commento all'art. 3, secondo comma*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, 90 ss.; Q. Camerlengo, *Costituzione e promozione sociale*, Bologna, 2013, 34 ss.

[10] Cfr. G. Azzariti, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Bari, 2013.

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

operano nel mercato non sono disposte a garantire gratuitamente o a tariffe decisamente contenute i relativi servizi, come invece richiedono coloro che versano in condizioni di indigenza. Per rimediare a questo fallimento del mercato, lo Stato keynesianamente interventista si preoccupa di assicurare quei beni a tutti, con particolare attenzione a quanti si trovano in uno stato di povertà[11]. Tornando all'esemplificazione in precedenza formulata, basta leggere l'art. 32 Cost. per avere conferma di questo impegno[12].

La proiezione sostanziale integra la dimensione formale dell'eguaglianza, come due facce della stessa medaglia. Non è sufficiente l'astratta titolarità dei diritti fondamentali. Una Costituzione, come la nostra, può compiere la propria missione solo assicurando l'effettivo godimento di tali diritti imponendo interventi e azioni positive ad opera dei pubblici poteri. Lo Stato non assiste più passivamente alle dinamiche spontanee dei rapporti sociali, ma si ingerisce quando si tratta di correggere imperfezioni, storture, squilibri.

È ben vero che ognuno è artefice del proprio destino, secondo l'ottimistico paradigma liberale, ma è altrettanto innegabile che spesso non sono sufficienti l'impegno, il senso di responsabilità, il sacrificio, l'attitudine al rischio, il talento individuale, l'intraprendenza: queste doti, infatti, possono imbattersi in barriere invalicabili, che nemmeno lo spirito più forte e intrepido potrebbe superare o aggirare. In questi casi, la proiezione sostanziale impone alle istituzioni repubblicane di intervenire per garantire una effettiva eguaglianza delle opportunità, o nei punti di partenza, affinché anche chi versa in condizioni di svantaggio o di vulnerabilità possa godere delle medesime *chances* di promozione e riscatto sociale. Non l'appiattimento globale, come risultante dall'applicazione delle teorie dell'egualitarismo assoluto, ma l'allineamento di tutti sulla stessa linea per intraprendere la faticosa e incerta «gara della vita»[13].

In questo quadro si colloca l'art. 34 Cost.

Il comma 1, nel sancire solennemente che «la scuola è aperta a tutti», si ricollega idealmente al principio di eguaglianza formale: tutti

[11] V., per tutti, C. Giorgi, I. Pavan, *Storia dello Stato sociale in Italia*, Bologna, 2021.

[12] Così D. Morana, *La salute nella Costituzione italiana: profili sistematici*, Milano, 2002.

[13] Espressione, questa, più volte rinvenibile in N. Bobbio, *Elogio alla mitezza e altri scritti morali*, Milano, 2006.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

hanno diritto di andare a scuola[14]. La storia del diritto scolastico ci restituisce momenti in cui furono codificate preclusioni basate su alcuni fattori di discriminazione. I Costituenti hanno inteso rimuovere qualsiasi dubbio: la scuola è una istituzione, è una agenzia educativa[15], è una formazione sociale in cui tutti hanno diritto di sviluppare la propria personalità, come peraltro esige l'art. 2 Cost. Una entità con queste caratteristiche non può che essere universalmente accessibile. Nessuna barriera all'ingresso, quindi.

Il comma 3, dal canto suo, nel dichiarare che «i capaci e meritevoli, anche se privi di mezzi, hanno diritto di raggiungere i gradi più alti degli studi», attraverso le misure indicate nel successivo comma 4, si abbina idealmente al principio di eguaglianza sostanziale[16]: le istituzioni repubblicane debbono impegnarsi attivamente per consentire anche a chi parte in condizioni di svantaggio di conseguire i titoli di studio che rappresentano l'epilogo di un ciclo scolastico ulteriore rispetto alla scuola dell'obbligo, ossia il diploma di maturità e la laurea.

I Costituenti, così statuendo, ci consegnano una sorta di proporzione: l'apertura della scuola sta all'eguaglianza formale come l'attivismo delle istituzioni repubblicane sta all'eguaglianza sostanziale. La scuola e il diritto allo studio attecchiscono in un terreno in cui hanno affondato le loro radici tanto la dimensione formale (astratta) quanto la proiezione sostanziale (concreta) del principio di eguaglianza. Un'intima coerenza, questa, che ritroviamo anche in altri enunciati, a cominciare proprio dal già evocato art. 32 Cost., dove si riconosce a tutti il diritto fondamentale alla salute (dimensione formale dell'eguaglianza) e, nel contempo, si prescrive alla Repubblica di garantire «cure gratuite agli indigenti» (proiezione sostanziale dell'eguaglianza)[17].

Senonché, l'interpretazione prevalente tanto dell'eguaglianza so-

[14] V. M. Benvenuti, *«La scuola è aperta a tutti»? Potenzialità e limiti del diritto all'istruzione tra ordinamento statale e ordinamento sovranazionale*, in *Federalismi*, 2018, 4, 99 ss.

[15] Cfr. G. Matucci, *Le agenzie educative e i diritti dei singoli fra unità, identità e autonomia*, in *Dir. cost.*, 2021, 2, 55 ss.

[16] Così M. Ruotolo, *Eguaglianza e pari dignità sociale. Appunti per una lezione*, in *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, 2013, 3.2, 12 ss. V., altresì, F. Biondi Dal Monte, S. Frega, *Pe l'uguaglianza sostanziale tra i banchi di scuola*, Milano, 2023, 54.

[17] Si pensi anche all'art. 24 Cost. che riconosce a tutti il diritto di agire e di difendersi in giudizio e che assicura «ai non abbienti» i mezzi necessari per rendere effettivo tale diritto.

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

stanziale, quanto, nello specifico, del comma 3 dell'art. 34, appare sensibilmente condizionata dal fattore economico.

Invero, la proiezione sostanziale del principio di eguaglianza è stata immaginata perseguendo come obiettivo la liberazione dal bisogno economico dei soggetti c.d. deboli[18]. Si è sempre pensato che la mancanza dei beni necessari all'effettivo godimento dei diritti fondamentali fosse ascrivibile ad una condizione di indigenza finanziaria. Che sia così è indubitabile, ma l'orizzonte di senso dell'art. 3, comma 2, è invero assai più ampio[19].

Il principio di eguaglianza sostanziale non va letto solo come liberazione dal bisogno economico.

È ben vero che vivere, anzi sopravvivere in uno stato di povertà assoluta o relativa non è certo la premessa migliore per poter beneficiare di tutte le conquiste che, almeno sulla carta, sono state universalmente riconosciute quanto a libertà e diritti fondamentali. Nondimeno, l'eguaglianza sostanziale, per come definita dal corrispondente enunciato costituzionale, si spinge oltre, vale a dire verso il *pieno* sviluppo della personalità e verso l'*effettiva* partecipazione alla vita comunitaria: obiettivi, questi, che non necessariamente sono connessi al fattore economico. Paradossalmente, anche chi non versa in una condizione di povertà potrebbe rientrare nella categoria dei soggetti deboli o vulnerabili sul cui percorso esistenziale si ergono ostacoli al pieno sviluppo della personalità e all'effettiva partecipazione alle relazioni sociali.

Lo sviluppo della personalità, innanzitutto, deve essere, secondo la nostra Costituzione, «pieno». Sviluppare la personalità significa rendere dinamica la propria identità, la propria individualità, fatta di inclinazioni, aspirazioni, bisogni, anche criticità e limiti. Ogni essere umano è unico e infungibile e vanta la pretesa, sorretta dai princìpi costituzionali, di esprimere tale unicità sia nella propria dimensione interiore, sia relazionandosi con gli altri. Martha Nussbaum ha usato una espressione straordinariamente suggestiva ed efficace quando ha parlato di «fioritura» della persona[20]. Il seme attecchisce e la pianta si

[18] M. Ainis, *I soggetti deboli nella giurisprudenza costituzionale*, in *Pol. dir.*, 1999, 25 ss.

[19] Come ho già cercato di dimostrare in Q. Camerlengo, *Costituzione e promozione sociale*, cit., spec. 337 ss.

[20] Parla di «human flourishing» M.C. Nussbaum, *The Fragility of Goodness. Luck and Ethics in Greek Tragedy and Philosophy*, Cambridge, 1986, trad. it., *La fragilità del bene. Fortuna ed etica nella tragedia e nella filosofia greca*, Bologna, 2004, *passim*. V. anche T. Groppi, *Multiculturalismo 4.0*, in *Osservatorio costituzionale*, 2018, 276.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

sviluppa gradualmente, seguendo un processo naturale che culmina nella sua struttura definitiva, identificabile e riconoscibile come tale dagli altri. Ebbene, il pieno svolgimento della personalità equivale alla piena, compiuta fioritura dell'essere umano, messo così nelle condizioni di manifestare la propria identità nella sua totale e singolare complessità.

Stando così le cose, ci si avvede come la sola – seppur spesso indispensabile – emancipazione dal bisogno economico può rivelarsi, di fatto, non sufficiente all'inveramento di questo primo obiettivo dell'eguaglianza sostanziale. Una persona può beneficiare di tutti i servizi che lo Stato sociale gli garantisce: scuola, casa, salute, assistenza, trasporti, e via discorrendo. Ma non è detto che ciò sia abbastanza per liberarsi da altri bisogni, causati e alimentati da altri ostacoli, diversi dalla indigenza economica. La scuola pubblica può consentire anche a chi nasce in un contesto familiare e sociale difficile di arrivare a traguardi importanti, come un diploma di maturità o persino una laurea magistrale, ma non è detto che poi questa mèta sia seguita da un percorso professionale che davvero rispecchi le competenze acquisite e le attitudini individuali. C'è sempre una selezione nel mondo del lavoro, determinata dalla scarsità delle risorse disponibili: non è detto che questa selezione davvero rispecchi i risultati raggiunti e le attitudini dei singoli candidati e aspiranti. Se un laureato in giurisprudenza, magari con un'ottima valutazione finale (*summa cum laude*), non riesce poi ad accedere alle tradizionali professioni legali (avvocatura, magistratura, notariato) o ad altre professioni di prestigio connesse a tale corso di studi (ruoli apicali delle pubbliche amministrazioni, delle forze armate e di quelle di polizia, carriera diplomatica, docenza universitaria), allora non si potrà parlare di «pieno» svolgimento della personalità. Se, poi, sempre a titolo esemplificativo, anziché pensare al dottore in legge si volgesse l'attenzione alle persone con disabilità, potremmo pervenire alla medesima conclusione. Ma questo è un profilo che ci impegnerà più avanti.

Pensiamo, adesso, alla partecipazione che, come si è visto, deve essere, ai sensi del comma 2 dell'art. 3 Cost., «effettiva»[21].

Partiamo da un esempio. Il riconoscimento del diritto di voto è

[21] Cfr. N. Bobbio, *La democrazia dei moderni paragonata a quella degli antichi (e a quella dei posteri)*, in *Teoria politica*, 1987, 3, 3 ss. V., pure, S. Cassese, *L'eguaglianza sostanziale nella Costituzione: genesi di una norma rivoluzionaria*, in *Le Carte e la Storia, Rivista di storia delle istituzioni*, 2017, 1, 5 ss.

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

senza dubbio un tassello importante dell'impianto partecipativo eretto intorno al paradigma democratico. Si partecipa alla vitalità del modello della rappresentanza politica recandosi alle urne. Questa è sì partecipazione, ma è anche «effettiva»? Lo sarebbe se si traducesse in un coinvolgimento consapevole, informato, nutrito cioè dalla diffusione di notizie, opinioni, elementi di riflessione capaci di raggiungere tutti i potenziali elettori, messi così nelle condizioni di scegliere a ragion veduta, ragionando al cospetto di un ampio spettro di possibilità. Se l'opinione pubblica è sterile, se la comunicazione politica è difettosa o carente, se i mass media fanno disinformazione, la partecipazione non è più effettiva, ma solo formale. Non solo. La partecipazione può considerarsi effettiva quando tutti, anche coloro che si trovano in condizioni di fragilità, hanno concretamente la possibilità di dare il loro contributo alla vita comunitaria non solo, e non tanto, come mere pedine di uno scacchiere più ampio o come semplici comparse di una rappresentazione che vede altri nella veste di protagonisti, bensì, e più incisivamente, come autentici attori, esercitando davvero ad esempio il loro diritto di elettorato passivo o partecipando da figura di primo piano alla vita di una azienda o di un sindacato. Insomma: partecipa chi vota, partecipa effettivamente chi viene eletto.

Anche in questo caso, non necessariamente il solo fattore economico assume rilevanza quanto a reali *chances* di effettiva partecipazione: anche chi «sta bene» economicamente potrebbe non versare nelle condizioni di uscire dal cono d'ombra che lo avviluppa e di ergersi a protagonista di ciò che gli accade intorno, senza subire le altrui decisioni ma concorrendo davvero alla formazione di quelle stesse decisioni.

In sintesi, per il «pieno» sviluppo della personalità (la persona *uti singulus*) e per la «effettiva» partecipazione alla vita sociale (la persona *uti socius*) non è sufficiente la liberazione dal bisogno economico.

Consideriamo ora una persona con disabilità.

Le condizioni familiari e sociali possono essere estremamente favorevoli, innanzitutto dal punto di vista economico. Non è detto, però, che questa situazione di vantaggio sia sufficiente per il pieno sviluppo della personalità e per l'effettiva partecipazione alla vita comunitaria. A questi due obiettivi si possono di fatto contrapporre ostacoli anche di altra natura: pregiudizi culturali, barriere architettoniche, emarginazione sociale, carenza di sostegno psicoemotivo, mancata o insufficiente adozione di misure o strategie autenticamente inclusive sia in ambito scolastico che in ambito lavorativo. Solitudine, senso di inadeguatezza, scoramento, ansia, sono tutte condizioni psicologiche che possono precludere il pieno sviluppo della personalità e l'effettiva

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

partecipazione. In questi casi, gli istituti e gli strumenti dello Stato sociale, informati al principio di eguaglianza sostanziale, non necessariamente conducono alla realizzazione delle due evocate finalità. Ci si può sentire esclusi ed emarginati anche in una scuola «aperta a tutti». Ci si può sentire emarginati o sottostimati anche in un ambiente lavorativo potenzialmente inclusivo, ma di fatto gravato ancora da ostacoli materiali (mancato adeguamento degli spazi) e immateriali (pregiudizi dei colleghi e dei dirigenti). Lo Stato può anche garantire cure eccellenti sul versante sanitario, che in un altro contesto sarebbero appannaggio soltanto di persone con ingenti disponibilità finanziarie, ma se tutto ciò non si traduce in accorgimenti, cautele, iniziative positive, o persino vere e proprie rivoluzioni culturali e sociali, allora si resta inesorabilmente molto lontani dall'ambiziosa finalità espressa dal principio di eguaglianza sostanziale, come codificato nell'art. 3.

Qual è, dunque, la conclusione di questa lunga riflessione?

Il comma 2 dell'art. 3 Cost. va interpretato nel senso che il fine dell'eguaglianza sostanziale non è soltanto la liberazione dal bisogno economico dei soggetti deboli, ma più ampiamente la cura della persona come soggetto che ambisce al pieno sviluppo della personalità e alla effettiva partecipazione alla vita sociale. La Costituzione persegue un obiettivo straordinario, che è quello di impegnare le istituzioni repubblicane nella lotta alla povertà. Ma il senso della Costituzione per la povertà va oltre la sola dimensione economica per investire la pienezza delle criticità e fragilità che affliggono che versa in condizioni di vulnerabilità o disagio[22].

3. *Capacità e merito, oltre il mero rendimento scolastico*

Forti di questa (re)interpretazione del principio di eguaglianza sostanziale, si può tentare di rileggere l'art. 34 Cost., nella sua componente promozionale individuabile nel comma 3.

I «capaci e meritevoli», ancorché «privi di mezzi», sono i titolari del diritto contemplato da questa disposizione. Gli strumenti promozionali contemplati dal successivo comma 4, ossia borse di studio, assegni alle famiglie e «altre provvidenze», parrebbero enfatizzare la

[22] Come sostenuto in Q. Camerlengo, *Il senso della Costituzione per la povertà*, in *Osservatorio AIC*, 2019, 1, 7 ss. Più ampiamente, R. Fattibene, *Povertà e Costituzione*, Napoli, 2020, e C. Franchini, *L'intervento pubblico di contrasto alla povertà*, Napoli, 2021. V. anche F. Nugnes, *Povertà abitativa e Costituzione*, Torino, 2024.

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

dimensione economica dell'approccio quivi considerato. Così opinando, i titolari di questo diritto, stando alla lettera della Costituzione, sarebbero soltanto gli studenti e le studentesse che, carenti delle necessarie risorse finanziarie, dimostrino «capacità» e «merito» negli studi: rendimento e prestazioni, cioè, da rendere giustificato un investimento pecuniario sulla loro partecipazione ai percorsi formativi in atto nelle istituzioni scolastiche, in vista del raggiungimento dei titoli di maggiore rilevanza.

In fondo, negli anni dell'Assemblea costituente il problema era esattamente questo, alla luce tanto dell'esperienza concreta vissuta in quegli anni, quanto della coscienza sociale sempre meno incline a sopportare e a perpetuare l'idea di una scuola elitaria. Sparsi nella nostra penisola c'erano e ci sarebbero stati, negli anni a venire, studenti e studentesse appartenenti ai ceti sociali meno abbienti che dimostravano e avrebbero dimostrato capacità e merito. In un ordinamento retto dal principio di eguaglianza sostanziale, che riflette una aspirazione al pieno inveramento di ideali di equità e di giustizia sociale, sarebbe stato inconcepibile lasciare indietro questa popolazione studentesca. Il destino sfavorevole non avrebbe dovuto gravare sulle spalle di questi giovani italiani più di quanto già faceva di per sé il quotidiano fluire del tempo. Con il raggiungimento dei «gradi più alti degli studi» anche i figli degli operai, dei muratori, dei contadini, ossia dei genitori appartenenti alla classe operaia urbana e alla classe operaia agricola (secondo la classificazione anche attualmente adottata dall'Istat), avrebbero potuto ambire ad una laurea da spendere, poi, proficuamente nel mondo del lavoro, accedendo a professioni sino a quel momento riservate di fatto agli appartenenti alle élites (borghesia)[23].

L'art. 34, con l'enunciazione del principio di universale accessibilità della scuola, ha assecondato l'anelito inclusivo racchiuso nell'eguaglianza formale. Attraverso l'obbligatorietà dell'istruzione inferiore, per almeno otto anni, la Costituzione ha inteso rafforzare e guidare il dovere dei genitori di istruire, educare e mantenere i propri figli *ex* art. 30. Con un sano ed equilibrato tocco di paternalismo, i Costituenti, consci dei tanti fattori ostativi che in moltissime famiglie (specialmente nelle aree rurali e industriali) impedivano a ragazze e ragazzi di andare oltre la seconda elementare, hanno imposto un obbligo in quello

[23] Sulla teoria delle élites, formulata e divulgata da Mosca, Pareto e Michels, v. N. Bobbio, voce *Élites (teoria delle)*, in N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino (a cura di), *Dizionario di politica*, Torino, 2004, 373 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

che oggi descriveremmo con la formula *best interests of the child*[24]. E anche in questo caso il fattore economico si rivelò determinante: i bambini non proseguivano negli studi perché c'era bisogno di portarli nei campi a lavorare la terra o di mandarli a bottega precocemente per imparare un mestiere.

Il comma 3 va più lontano. Tutti a scuola, ma i capaci e meritevoli (quelli, per intenderci, con un'ottima pagella) se non possono permettersi di sostenere le spese scolastiche potranno beneficiare di un sostegno attivo ad opera delle istituzioni repubblicane[25]. L'esplicita previsione di un «concorso» si rese necessaria nella consapevolezza della scarsità delle risorse a ciò destinate, a fronte di una platea verosimilmente molto ampia di potenziali beneficiari. Il figlio del postino e il figlio dell'avvocato sarebbero stati, così, messi nelle stesse condizioni di partenza per poter ambire a risultati scolastici e, di riflesso, professionali di grande rilievo, nonostante le originarie differenze dal punto di vista innanzitutto economico. La società avrebbe tratto beneficio da questo flusso di opportunità, in quanto le redini del Paese non sarebbero state riservate a quanti appartenevano alla già consolidata classe dirigente, bensì sarebbero state riallocate anche presso gli altri ceti sociali, con un esemplare e vitale ricambio di energie, punti di vista, esperienze personali[26]. Che, poi, come dimostrano i dati sulla mobilità sociale in Italia, questo progetto, questa «rivoluzione promessa» per richiamare le parole di Piero Calamandrei[27], non si sia realizzata è un altro discorso. A noi tocca limitarci a cogliere la portata sostanziale di questa disciplina, che era chiaramente ispirata ad una *ratio* economica[28]. Si può contrastare la povertà economica investendo

[24] V., di recente, G. Matucci, *Il principio del migliore interesse del minore*, in M. Bertolino (a cura di), *La giustizia penale minorile*, Torino, 2026, 33 ss. V., più ampiamente, E. Lamarque, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016.

[25] Cfr. Q. Camerlengo, *Commento all'art. 34*, in S. Bartole, R. Bin, *op. cit.*, 345.

[26] Conscio del fatto che le diseguaglianze sociali avrebbe potuto intralciare il sereno svolgimento del sistema democratico, P. Biscaretti di Ruffìa, *Diritto costituzionale*, XIV ed., Napoli, 1986, 796, reputò «assai opportuno (…) un agevole e continuo ricambio nelle classi dirigenti, attraverso l'opportunità data ai cittadini più meritevoli di assurgere a funzioni di rilievo nella società».

[27] P. Calamandrei, *Cenni introduttivi sulla Costituente e i suoi lavori*, in P. Calamandrei, A. Levi, *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, I, Firenze, 1950, LXXXIX ss.

[28] V., infatti, M. Benvenuti, *Commento all'art. 34*, in L. Cuocolo *et al.*, *op. cit.*, 242.

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

sui capaci e meritevoli degni di essere non solo emotivamente incoraggiati, ma anche e soprattutto materialmente supportati nella loro avventura scolastica.

Tutto ciò è senza ombra di dubbio meritevole di apprezzamento, in quanto coerente con l'impronta socialdemocratica dei princìpi sottesi ad un impegno attivo dei pubblici poteri per ragioni di equità e giustizia sociale.

Nondimeno, questa interpretazione è anch'essa il frutto di una comprensione delle criticità e della complessità delle vicende umane e sociali ancora troppo angusta e limitante.

Non solo. C'è un altro rischio interpretativo connesso alla enfatizzazione della dimensione economica. Come ha osservato Annamaria Poggi, se non si presta la dovuta attenzione alle implicazioni di sistema, si potrebbe persino arrivare a sostenere che chi proviene da una famiglia agiata o benestante ha diritto di raggiungere i gradi più alti degli studi contando sulle risorse finanziarie che ha già a disposizione, indipendentemente dal fatto che sia o meno ferrato negli studi stessi. Chi, al contrario, proviene da una famiglia povera, per poter vantare un effettivo diritto sociale allo studio, come definito dall'art. 34, comma 3, è costretto a dimostrare capacità e merito. Questa lettura genererebbe fatalmente una macroscopica disparità di trattamento: «i non abbienti, infatti, devono dare particolari prove di impegno e serietà per poter proseguire gli studi e in tal modo verrebbero posti in situazione deteriore rispetto agli altri, per i quali non vengono richieste prove di capacità e merito»[29].

Se riduciamo il fattore economico a molla iniziale che ha innescato lo slancio dei Costituenti verso una attiva considerazione del diritto allo studio anche di coloro che non hanno i mezzi, senza però con questo esaurire lo spettro delle condizioni soggettive che giustificano l'interventismo pubblico, allora è possibile accedere ad una dimensione più ampia dell'ambito di operatività della previsione costituzionale qui considerata.

Per farlo occorre ripensare la lettura dei requisiti posti a fondamento dell'azione positiva delle istituzioni repubblicane. Capaci e meritevoli non sono soltanto coloro che dànno prova di ragguardevole attitudine e abilità nella realizzazione di prestazioni scolastiche.

[29] A. Poggi, *Commento all'art. 34*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit., 709. Così anche V. Atripaldi, *Diritto allo studio*, Napoli, 1975, 81.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

L'espressione «anche se privi di mezzi», una volta proiettata al di fuori della ristretta area delimitata dal fattore economico, può essere letta in senso più esteso, alludendo a qualsiasi difetto di risorse individuali e sociali necessarie per completare il percorso scolastico con successo, anche in relazione ai titoli di studio più rilevanti.

La capacità non è soltanto una attitudine misurabile con standard di valutazione preordinati a quantificare la performance individuale. Non è soltanto una questione di quoziente intellettivo o di media dei voti conseguiti a scuola.

Generalmente con il termine «capacità» s'intende fare riferimento all'abilità o all'attitudine di una persona di comprendere o di porre in essere una determinata azione in vista della realizzazione di un dato obiettivo. E si dimostra di essere capaci se quel traguardo viene davvero raggiunto. Tizio si è laureato in Giurisprudenza e, dunque, ha dimostrato di essere stato capace di completare quel percorso universitario. Un meccanico che ripara un motore di automobile si rivela capace nel suo mestiere. Un pilota che fa atterrare il suo aereo dimostra perizia e competenza, dunque capacità nell'impiego di un mezzo così complesso e tecnologicamente avanzato.

Quando si ragiona così di capacità si finisce inevitabilmente col polarizzare l'attenzione sul risultato di un determinato comportamento. Se esso è positivo, allora ne scaturisce un giudizio di capacità. Diversamente in caso di insuccesso, dove si afferma che quella persona si è dimostrata incapace.

Nel campo del diritto, la capacità viene valutata anche *a priori*, attraverso un giudizio prognostico su ciò che una persona è in grado o meno di fare alla luce di determinate condizioni soggettive. E, così, si presume che il minore di età non sia capace di agire perché non ha ancora raggiunto la maturità necessaria per compiere validamente atti giuridici avendone piena consapevolezza. Altre volte, si accerta una condizione psicologica di disagio o vulnerabilità che giustifica l'attivazione di strumenti di totale o parziale sostituzione o affiancamento e supporto (tutela, curatela, amministrazione di sostegno) nei confronti di persone incapaci (in misura più o meno grave) di intendere e di volere.

Senonché, la capacità non è una qualità che si riconosce soltanto nel momento stesso in cui si manifesta, corroborata quindi dal conseguimento di un determinato risultato. È una condizione soggettiva che si può acquisire adottando gli interventi e le misure più congeniali. È essa il frutto di un processo dinamico che può attivarsi anche partendo da una situazione sfavorevole (di incapacità, appunto), ma

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

che può culminare in qualcosa di positivo. Detto in breve: la capacità non solo si dimostra, ma la si può anche conquistare. La capacità non è solo un'attitudine che occorre avere, ma è anche un traguardo da raggiungere. La capacità non è solo un risultato che va riconosciuto e premiato, ma è anche una qualità che va stimolata e coltivata.

Del resto, così ragionando si recupera il significato etimologico della parola in questione, che deriva dal latino *capax* cioè capace di contenere (*capere*): capacità è, dunque, la possibilità che un recipiente, una cavità, un ambiente ha di contenere fino a un determinato limite. Ogni essere umano può essere percepito e trattato non tanto come un sistema complesso già in grado di funzionare al meglio delle proprie qualità già acquisite, ma come una scatola capace appunto di accogliere contenuti sempre più evoluti e complessi. Non un dato acquisito una volta per tutte, ma una qualità in via di formazione e di arricchimento progressivo.

Stando così le cose, è evidente la limitatezza della portata sostanziale dell'art. 34, comma 3, se interpretato come disposizione rivolta *esclusivamente* agli studenti che si siano dimostrati capaci per ottime valutazioni scolastiche. Piuttosto, è «capace» chi è in grado, anche solo potenzialmente, di acquisire non solo competenze specifiche rilevanti sul piano didattico, ma anche attitudini, talenti, modi di essere, che concorrono al pieno sviluppo della personalità e all'effettiva partecipazione alla vita comunitaria.

Le scienze psicologiche più avanzate hanno dimostrato come, accanto alle attitudini importanti in termini prestazionali, vi siano competenze ulteriori altrettanto decisive, in quanto abilità essenziali per capire, gestire e migliorare il proprio comportamento e il proprio benessere psicofisico: si pensi alla attitudine all'ascolto attivo, all'empatia, al *problem solving*, alla comunicazione efficace, alla resilienza. Si parla in questi casi di *soft skills*, quali insiemi di abilità che si proiettano oltre le competenze tecniche (*hard skills*) e concorrono a pieno titolo alla crescita umana e professionale. Le *soft skills* sono qualità immateriali e intangibili che non riguardano tanto ciò che un individuo dimostra di saper fare, quanto piuttosto chi sia davvero una persona e in quale misura essa sia in grado di interagire con il prossimo: stiamo parlando di qualità umane che si concentrano sul «saper essere» anziché sul «saper fare», esaltando la dimensione emotiva e relazionale.

Capace è, dunque, non solo lo studente che sa tradurre dal greco al latino e viceversa oppure sa risolvere una funzione complessa in matematica, ma è anche lo studente che, coinvolto in un percorso formativo e didattico coerente con le sue specificità, dimostra di sa-

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

per dialogare con gli altri calandosi nelle loro fragilità o complessità, immaginando strategie comunicative anche non convenzionali per arrivare al prossimo. Uno studente con diagnosi di disabilità, anche severa, che frequenta un istituto professionale per i servizi sociosanitari e assistenziali è «capace» anche se fa fatica a risolvere un polinomio o a dimostrare di aver capito la differenza tra stato patrimoniale e conto economico, e purtuttavia in altre materie (come la psicologia o le metodologie operative) rivela potenzialità da coltivare quanto a capacità di ascolto, a empatia, ad attitudine a trovare soluzioni altrettanto efficaci rispetto a quello normalmente proposte in determinate situazioni. Per la cura di un anziano o di un'altra persona con disabilità o di un minore, la capacità si misura anche oltre l'abilità nella gestione di problemi matematici o nella dimestichezza nell'uso delle lingue straniere. E, dunque, è «capace», ai sensi dell'art. 34, comma 3, Cost., anche lo studente con disabilità che rivela un ventaglio di attitudini e talenti che non possono essere racchiusi in una pagella in cui si rinvengono materie anche molto diverse tra loro. Sempre che la disabilità non sia di entità tale da precludere lo svolgimento di una data prestazione lavorativa, essa potrebbe persino rivelarsi un valore aggiunto, se pone la persona nelle condizioni di meglio comprendere l'altrui disagio immedesimandosi in esso.

Del resto, chi stabilisce cosa sia la «capacità»? E alla luce di quali parametri? Nelle istituzioni scolastiche gli standard di riferimento coincidono con i tradizionali parametri di valutazione e, dunque, lo studente è giudicato capace solo se raggiunge la sufficienza in tutte e indistintamente le materie, perché noi ci aspettiamo la realizzazione di determinate *performances* funzionali al successivo inserimento nel mondo lavorativo e, più in generale, in una società da noi costruita secondo i nostri punti di vista, alla stregua dei nostri bisogni e interessi.

Con il noto «approccio delle capacità», Martha Nussbaum e Amartya Sen hanno, invece, dimostrato quanto sia opinabile, contraddittorio, iniquo un sistema che valuta le persone, cioè che riconosce loro «valore», solo in funzione della capacità di concorrere al PIL nazionale. Sen ha prospettato l'idea di un quadro delle capacità percepito come lo spazio più congeniale per apprezzare la qualità della vita, andando oltre l'utilitarismo[30]. Nussbaum sottolinea che «gli elementi più importanti nella qualità della vita delle persone sono molti e qua-

[30] A. Sen, *Development as Freedom*, New York, 1999, trad. it., *Lo sviluppo è libertà*, Milano, 2000.

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

litativamente distinti: salute, integrità fisica, istruzione e altri aspetti dell'esistenza individuale non possono essere ridotti ad un unico criterio di valutazione senza essere distorti»[31].

Attingendo a questo innovativo modo di avvicinarsi alla complessità dei fenomeni considerati, la «capacità» richiesta dall'enunciato costituzionale in parola può essere riletta nella sua intrinseca complessità e poliedricità, in quanto connessa all'idea dello sviluppo dignitoso, eguale e libero della persona[32]. Sicché, investire su questo senso della capacità significa assecondare quell'anelito di giustizia e di equità sociale che innerva l'intero edificio costituzionale, che guarda alla persona non solo e non tanto come entità performante, ma come singolarità di cui prendersi cura, pur senza soffocarne le libere e spontanee espressioni vitali e, anzi, valorizzandole e promuovendole.

Anche una persona con disabilità è capace. Anche uno studente DSA o BES o con disabilità diagnosticata e certificata rientra nella categoria dei titolari del diritto allo studio di cui all'art. 34, comma 3, Cost. Per questi ragazzi e per queste ragazze la scuola assurge a luogo privilegiato di pieno svolgimento della personalità, di effettiva partecipazione, di coerente e armoniosa fioritura della persona, messa nelle condizioni di coltivare la propria autonomia pur partendo da una condizione di svantaggio, alla ricerca di una autorealizzazione che non dipenda sempre e necessariamente dalla buona volontà o dall'aiuto compassionevole e caritatevole di altri[33].

Passiamo, ora, al «merito».

Oggi più che mai questa parola è tornata in auge, attirando rinnovato consenso oppure, al contrario, alimentando critiche e diffidenza. Ha certamente contribuito a destare attenzione la ridenominazione del Ministero dedicato alla scuola (Ministero dell'istruzione e del merito), ma tutta una serie di misure, iniziative, interventi, accomunati dalla volontà di sottoporre a valutazione le prestazioni professionali degli operatori del settore, specie in ambito universitario, ha dato il via ad accesi dibattiti e aspre polemiche.

Il merito nasce come criterio di selezione, ossia di allocazione di

[31] M.C. Nussbaum, *Creating Capabilities*, Cambridge (Mass.)-London, 2011, trad. it., *Creare capacità*, Bologna, 2012, 25 s.

[32] V., ancora, M.C. Nussbaum, *Frontiers of Justice*, Cambridge (Mass.)-London, 2006, trad. it., *Le nuove frontiere della giustizia*, Bologna, 2007.

[33] Fondamentale, al riguardo, G. Matucci, *Persona, formazione, libertà*, Milano, 2021.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

risorse scarse[34]. Chi ne contesta l'applicazione, denuncia gli squilibri, le disparità di trattamento, le diseguaglianze che ne scaturiscono. Chi, invece, ne esalta le virtù, riconosce come esso e solo esso sia lo strumento per premiare l'impegno individuale, lo spirito di sacrificio, l'abnegazione, l'attitudine al rischio, la serietà, l'intelligenza. Senza merito, le risorse scarse andrebbero, ove possibile, distribuite in base al bisogno. Con il merito, le risorse scarse andrebbero distribuite assegnando giudizi di valore ai singoli contendenti.

Non è certamente questa la sede per affrontare nel dettaglio questo argomento[35]. Mi limiterò a ricordare che i detrattori del merito finiscono coll'immaginare un tessuto sociale lacerato da invidie, rancori, sperequazioni inaccettabili, disarmonie provocate dalla concentrazione di poteri in capo a pochi individui «tiranni»[36], una aristocrazia di eletti, scelti in funzione del loro quoziente intellettivo, ma incapaci di esprimere empatia, solidarietà, comprensione[37]. Altrove, invece, si enfatizza la portata efficientista del merito come l'ingrediente irrinunciabile di una società equa e libera[38], dove ha senso impegnarsi e lottare nella «gara della vita» se e nella misura in cui si riceva un giusto riconoscimento.

Alla fine, se ci pensiamo, è sempre una questione di giustizia e di eguaglianza.

Il merito finisce col distinguere le posizioni individuali, tracciando una netta linea di demarcazione tra quanti «meritano» di accedere ad una quota delle risorse scarse e quanti, invece, «demeritando», restano fuori da questa distribuzione. C'è chi ritiene sempre e comunque iniquo questo risultato, perché finirebbe col compromettere la pace sociale alimentando tensioni e antagonismi. C'è, invece, chi considera questa diseguaglianza un male sostenibile (o il «male minore»), una giusta conformazione di un assetto di relazioni sociali in cui parrebbe

[34] V., ad esempio, A. Siemoneit, *Merit First, Need and Equality Second: Hierarchies of Justice*, in *International Review of Economics*, 2023, 70.4, 537 ss.

[35] Per cui rinvio a P. Barrotta, *I demeriti del merito*, Soveria Mannelli, 1999, nonché a S. Cingari, *La meritocrazia*, Roma, 2020.

[36] Per rifarsi al titolo dell'opera di M.J. Sandel, *The Tyranny of Merit*, New York, 2020, trad. it., *La tirannia del merito*, Milano, 2021.

[37] Come accade nella società distopica vagheggiata da M. Young, *The Rise of the Meritocracy 1870-2033*, London, 1958, trad. it., *L'avvento della meritocrazia*, Roma-Ivrea, 2014.

[38] Così si legge nella quarta di copertina di L. Ricolfi, *La rivoluzione del merito*, Milano, 2023.

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

improprio dare lo stesso valore a chi si impegna e a chi, al contrario, lucra sul lavoro altrui. E c'è chi, come John Rawls, invita a riflettere sul fatto che il merito possa dipendere anche dal caso, da una ineguale distribuzione di talenti naturali ad opera di processi chimici e biologici che sfuggono dal controllo e dalla volontà dell'uomo. Stando così le cose, Rawls anche per questa ragione accede ad una visione solidale di merito (sulla quale mi soffermerò più avanti): «coloro che sono stati favoriti dalla natura, chiunque essi siano, possono trarre vantaggio dalla loro buona sorte solo a patto che migliorino la situazione di coloro che ne sono rimasti esclusi»[39].

In questa sede, ciò che rileva è svolgere una corretta ricognizione interpretativa del «merito» nella disposizione che ci interessa, avuto riguardo al complesso degli enunciati costituzionali[40].

Il merito campeggia in alcune disposizioni della Carta costituzionale quale criterio autenticamente selettivo quando sono in gioco risorse scarse. Non tutti possono essere nominati senatori a vita, ma solo coloro che, entro il numero stabilito dall'art. 59, si siano distinti «per altissimi meriti nel campo sociale, scientifico, artistico e letterario». Non tutti i professori ordinari di università in materie giuridiche e gli avvocati con quindici anni di professione possono essere nominati consiglieri di Cassazione *ex* art. 106, ma solo coloro che si siano distinti «per meriti insigni». Altrove il merito è sottinteso: ai pubblici impieghi, ai sensi dell'art. 97, ultimo comma, si accede «mediante concorso»[41].

In questi casi siamo davvero in presenza di risorse scarse, ossia di posizioni istituzionali e professionali limitate quantitativamente, e si rende necessario ricorrere ad uno strumento di selezione che non sia affidato al caso (sorteggio) o alla libera e democratica scelta da parte di altri soggetti qualificati (elezione) o alla considerazione delle necessità vantate dagli aspiranti (bisogno).

Ebbene, questa configurazione sostanziale, intercettata leggendo

[39] J. Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge (Mass.), 1971, trad. it., *Una teoria della giustizia*, Milano, 2019, 111. Sul diritto all'eguaglianza come teorizzato da Rawls ha interloquito R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge (Mass.), 1977, trad. it., *I diritti presi sul serio*, Bologna, 2010, 262 ss.

[40] Molto utile è la lettura di M. Salerno, *Contributo allo studio del principio costituzionale del merito*, Torino, 2020.

[41] Secondo la Corte costituzionale, obiettivo del concorso è, infatti, quello «di assicurare l'accesso all'impiego pubblico dei più capaci e meritevoli»: sentenza n. 81 del 2006. V. anche la sentenza n. 293 del 2009.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

gli evocati enunciati, riassume ed esaurisce in sé il senso costituzionale del merito?

In verità, il «merito» non assorbe l'intero orizzonte della *meritevolezza*. E non lo fa soprattutto quando si revoca in dubbio l'idea che anche in ambito scolastico si possa ragionare di «risorse scarse» come oggettivamente e plausibilmente si può fare pensando al Senato della Repubblica e alla Corte di Cassazione, quali organi istituzionali composti da un numero limitatissimo di persone fisiche[42].

Pensiamo ai beni c.d. «meritori», secondo la formula coniata da Richard Musgrave[43]. Di norma, il merito è evocato da chi aspira ad ottenere un risultato utile. I beni meritori, invece, sono degni di tutela pubblica a prescindere dalla richiesta che ne fanno i potenziali fruitori. Si tratta, infatti, di beni volti al soddisfacimento di bisogni fondamentali per la collettività, e come tali meritano di essere garantiti dai pubblici poteri oltre le logiche di mercato.

Ora, per decenni la scuola è stata pensata, quanto alle risorse in essa impiegate in quanto disponibili, come una sorta di piramide. La base è molto ampia in quanto include le istituzioni della scuola dell'obbligo, in cui c'è e ci deve essere spazio per tutti, studenti con disabilità inclusi. Man mano che ci si avvicina al «vertice» la struttura si assottiglia perché – si dice – non tutti possono ambire al diploma di maturità, e ancor di più non tutti «meritano» di raggiungere il diploma di laurea, e men che meno persino un dottorato di ricerca. E tutto questo un po' per colpa di antiche convinzioni, radicate nella cultura di tanti Paesi, per le quali più si va avanti negli studi, e più severa non può che essere la selezione, un po' perché si ritiene che man mano che si procede risalendo nella piramide verso la punta, aumentano le risorse finanziarie da mettere in campo per garantire il servizio: si pensi solo agli atenei, dove tra stipendi di professori e ricercatori, laboratori, aule, biblioteche, e così via, la spesa raggiunge livelli inimmaginabili se confrontati con quelli, ad esempio, delle scuole primarie.

Per contrastare questo modo di ragionare, che favorirebbe davvero il merito come criterio generale di selezione, appare estremamente utile rievocare una notissima pronuncia della Corte costituzionale in cui si legge che «è la garanzia dei diritti incomprimibili ad incidere

[42] V., in tema, i due ricchi volumi collettanei di M. Ferrari, A. Maranesi (a cura di), *Dizionario del merito nei processi educativi*, Brescia, 2023, e di M. Baldacci, A. Titone (a cura di), *Dal merito al diritto all'istruzione. Per una Scuola della Costituzione*, Milano, 2024.

[43] R.A. Musgrave, *The Theory of Public Finance*, New York, 1958.

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione»[44].

Pur riguardando un profilo importante, ma circoscritto, quale quello relativo alla fruizione del servizio di trasporto scolastico, questo passaggio esprime un orizzonte di senso che può essere legittimamente generalizzato, proprio perché esso altro non è che il riflesso dei princìpi fondamentali sui quali riposa l'ordinamento costituzionale.

Il diritto allo studio è ricompreso tradizionalmente tra i diritti sociali, ossia quei diritti che lo stesso giudice delle leggi e la dottrina in generale qualificano come diritti condizionati[45]. Mentre per i classici diritti di libertà opera il principio secondo cui «o-tutto-o-niente», per i diritti sociali vale la regola per cui il loro soddisfacimento dipende dalle risorse messe a disposizione dagli organi di governo tramite leggi di bilancio e di spesa (principio di gradualità). Questa rigida dicotomia è stata già ampiamente contraddetta da accreditati e autorevoli studi che dimostrano (come se ce ne fosse davvero bisogno) che, quanto all'impegno richiesto alle istituzioni a ciò dedicate, tutti i diritti costano, non solo quelli sociali[46]. Se ciò non bastasse, a rimettere in discussione questa consolidata teoria è proprio la nostra Costituzione attraverso i princìpi che fondano lo Stato sociale: eguaglianza sostanziale, solidarietà, lavoro.

In uno Stato retto da una Costituzione che non si accontenta di proclamare l'astratta titolarità universale dei diritti fondamentali, che non si limita a immaginare azioni solidali come il frutto esclusivo di spontanei comportamenti empatici, che esalta il lavoro quale modalità di concorso di tutti al progresso materiale e spirituale della società, prefigurando una esistenza libera e dignitosa per tutti, ebbe in un simile Stato non si può pensare di subordinare l'efficacia e l'effettività dei diritti sociali – autentica conquista del costituzionalismo di matrice socialdemocratica – alle scelte discrezionali delle forze politiche di maggioranza. L'impegno profuso dalle istituzioni, per l'inveramento dell'eguaglianza sostanziale, non può essere rigidamente ancorato all'indirizzo politico di chi vince le elezioni, così che la misura di soddisfacimento di tali diritti e, dunque, la quantità e la qualità del-

[44] Corte cost., sentenza n. 275 del 2016, su cui, tra gli altri, A. Longo, *Una concezione del bilancio costituzionalmente orientata: prime riflessioni sulla sentenza della Corte costituzionale n. 275 del 2016*, in *Federalismi*, 2017, 10, 1 ss.

[45] V., per tutti, M. Benvenuti, *Diritti sociali*, Torino, 2013.

[46] Cfr., infatti, S. Holmes, C.R. Sunstein, *The Cost of Rights*, New York-London, 1999, trad. it., *Il costo dei diritti*, Bologna, 2000.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

le prestazioni ad essi associate oscillino da un estremo all'altro, con un movimento a fisarmonica che non garantisce alcuna certezza a chi versa in condizioni di svantaggio. Se non ci sono abbastanza risorse, è compito di chi governo reperirle. È questo l'insegnamento che si trae dalla citata pronuncia della Corte. Non si dimensiona l'interventismo pubblico a ciò che si ha in cassa, ma è il bilancio che deve essere costruito intorno a queste basilari esigenze, dal cui soddisfacimento dipende l'inveramento effettivo dei princìpi costituzionali, sempre che questi siano presi davvero sul serio.

Se si aderisce a questo modo di ragionare, che pare essere il più costituzionalmente sostenibile[47], allora è chiaro che l'accesso ai gradi più alti degli studi non è più una questione di risorse scarse, ma diviene un passaggio cruciale nel processo di attuazione del dettato costituzionale. Diventa, così, una questione di giustizia sociale come questa è definita e promossa dai princìpi costituzionali, a partire proprio dal pieno sviluppo della personalità e dalla effettiva partecipazione alla vita sociale.

Stando così le cose, la parola «merito» di cui al comma 3 dell'art. 34 non può essere interpretata solo come criterio selettivo per distinguere tra «bravi e, dunque, capaci» e, all'opposto, «non sufficientemente bravi e, dunque, incapaci». Piuttosto, questa parola deve essere inquadrata nel concetto più inclusivo, solidale, equo, democratico di *meritevolezza*.

Lo studente con disabilità è *meritevole* di azioni positive che ne consentano l'accesso ai gradi più alti degli studi?

La risposta non può che essere positiva, e lo è perché è la nostra Costituzione a ispirarla e a imporla[48].

Lo studente con disabilità è meritevole di questa cura da parte delle istituzioni repubblicane perché, al pari di tutti, ha pieno e incondizionato diritto di sviluppare compiutamente la propria personalità e di partecipare davvero alla vitalità delle relazioni intrecciate con gli altri consociati.

In generale, il merito è un criterio di selezione gestito da chi governa

[47] Formula tutt'altro che retorica, questa, come dimostrato in Q. Camerlengo, *La sostenibilità costituzionale: profili teorici e scenari applicativi*, in *ConsultaOnLine*, 2023, 1, 1 ss.

[48] V., invero, Q. Camerlengo, *Dal «merito» ai «meriti»: per una scuola costituzionalmente inclusiva*, in *Osservatorio AIC*, 2025, 3, 1 ss. Più in generale v. A. Candido, *Disabilità e prospettive di riforma. Una lettura costituzionale*, Milano, 2017; G. Arconzo, *I diritti delle persone con disabilità. Profili costituzionali*, Milano, 2020; C. Colapietro, F. Girelli, *Persone con disabilità e Costituzione*, Napoli, 2020; E. Vivaldi, *Disabilità mentali e vita indipendente. Percorsi di attuazione del principio personalista*, Napoli, 2023.

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

i processi di selezione, e dunque dagli stessi soggetti che definiscono e adattano, spesso secondo le proprie convenienze, i relativi parametri di valutazione. Chi versa in una condizione di potere decide chi merita di accedervi. È chiaro che, stando così le cose, il merito finisce col divenire un'arma brandita da chi detiene il potere per perpetuare la propria posizione di forza circondandosi di elementi che ne condividono ideali, punti di vista, mezzi, obiettivi da raggiungere, capacità, inclinazioni.

Inteso in questo modo, appaiono ragionevoli le critiche mosse al merito quale fattore che alimenta diseguaglianze insostenibili, che sovrintende a competizioni falsate in partenza, che difetta di una minima condizione di oggettività, neutralità e imparzialità, che genera tensioni e antagonismi oppure emarginazione e disagio.

Nel caso degli studenti con disabilità, invece, è proprio la Costituzione innanzitutto a sancire e a legittimare la meritevolezza del loro interesse a raggiungere i gradi più alti dell'istruzione e, in secondo luogo, a fissare le condizioni per formulare un giudizio di merito: merita di essere supportato in termini di promozione individuale in ambito scolastico chi, nonostante gli ostacoli frapposti da una disabilità, ambisce legittimamente a sviluppare appieno la propria personalità e a partecipare davvero alla vitalità delle relazioni sociali.

Così reinterpretato l'art. 34, nella parte che qui rileva, «capaci e meritevoli, anche se privi di mezzi», sono tutti coloro che, trovandosi in una situazione soggettiva di difficoltà o disagio o vulnerabilità, rientrano a pieno titolo tra i beneficiari dell'interventismo pubblico informato al principio di eguaglianza sostanziale, nella duplice conformazione teleologica più volte evocata. Non occorre, quindi, dimostrare attitudini scolastiche di eccellenza, sì da elevarsi al di sopra degli altri, per aver diritto alle prestazioni di sostegno contemplate dall'art. 34. Occorre, piuttosto, dimostrare che i fattori ostativi che si palesano in ambiente scolastico sono tali da precludere il raggiungimento dei due obiettivi sanciti nel comma 2 dell'art. 3 Cost. Occorre, cioè, invertire l'onere della prova: non più lo studente a dover dimostrare capacità e merito, ma lo Stato a dover provare di aver fatto il possibile per rimuovere gli ostacoli più volte citati.

Per ulteriormente corroborare questa tesi, appare utile richiamare il principio di solidarietà enunciato nell'art. 2 Cost., e che la Corte costituzionale ha più volte riconosciuto essere uno dei pilastri dell'ordinamento repubblicano[49].

[49] Mi limito a citare S. Galeotti, *Il valore della solidarietà*, in *Dir. soc.*, 1996, 1

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

Il sostegno attivo agli studenti con disabilità non è solo un obbligo basato sul principio di eguaglianza sostanziale, ma è anche il risvolto positivo del pieno e coerente attecchimento, nel terreno costituzionale, di quei doveri inderogabili di solidarietà che gravano su tutte le componenti il tessuto sociale: individui, quindi, ma anche formazioni sociali e le stesse istituzioni. La scuola è una formazione sociale, è una agenzia educativa che si prende cura dei suoi utenti. È essa, così, il luogo in cui il seme della solidarietà, gettato dai Costituenti, deve mettere radice e svilupparsi sino ad acquisire una forma compiuta, quale pianta che ospita momenti costanti di condivisione e di empatia[50].

Ma vi è di più. Il principio solidaristico, inteso come matrice di ogni forma di alleviamento del peso gravante su alcuni grazie all'opera di condivisione svolta dai più vantaggiati, aiuta a conferire un senso più maturo e costituzionalmente sostenibile allo stesso merito. Ammettiamo pure che il sistema costituzionale, in nome del principio personalista, riconosca valore al merito individuale come forma di riconoscimento di capacità speciali, di talenti, di impegno e spirito di sacrificio, di modalità per distinguersi dagli altri. Pur così inteso, in una cornice costituzionale in cui si intrecciano così tanti e tali princìpi orientati verso la cura del prossimo il merito, così inteso, non può che essere un merito solidale, ossia un merito messo a disposizione degli altri, e in particolare di quanti si ritrovano in uno stato di vulnerabilità, di fragilità, di abbandono. Da mera consacrazione del proprio valore, quale fattore di autorealizzazione individuale, il merito diviene il riconoscimento della attitudine di alcuni di fare tanto e bene per gli altri: il merito messo a disposizione di tutti, e non ricacciato nella sfera individuale a uso e consumo del singolo[51].

ss.; A. Apostoli, *La svalutazione del principio di solidarietà. Crisi di un valore fondamentale per la democrazia*, Milano, 2012; F. Pizzolato, *Il principio costituzionale di fraternità*, Roma, 2012; S. Rodotà, *Solidarietà: un'utopia necessaria*, Bari-Roma, 2014; L. Carlassare, *Solidarietà: un progetto politico*, in *Costituzionalismo*, 2016, 1, 45 ss.; F. Polacchini, *Doveri costituzionali e principio di solidarietà*, Bologna, 2016; M. Fioravanti, *Art. 2*, Roma, 2017, 32 ss.; S. Giubboni, *Solidarietà. Un itinerario di ricerca*, Napoli, 2022; E. Rossi, *Solidarietà*, in G. Matucci (a cura di), *Solidarietà. Un impegno senza confini?*, 2026, 19 ss.

[50] Così T. Groppi, *Scuola e costituzione in Italia. Una lettura nella prospettiva del «costituzionalismo trasformatore»*, in *Rivista AIC*, 2024, 1, 156 ss.

[51] Tesi sostenuta in Q. Camerlengo, *Per una interpretazione costituzionalmente sostenibile del merito*, in *Federalismi*, 2022, 13, 16 ss. V. anche G. Matucci, *Merito e Costituzione*, in M. Ferrari, A. Maranesi (a cura di), *Dizionario del merito*, cit., 127 ss.

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

La combinazione dei princìpi costituzionali a più alta vocazione sociale[52] fonda, dunque, l'inclusione degli studenti con disabilità tra i capaci e meritevoli che, seppure privi di mezzi, vantano il diritto al raggiungimento dei gradi più alti degli studi.

Sia chiaro: questo diritto non va inteso come pieno e assoluto diritto soggettivo a conseguire il corrispondente titolo di studio (ciò vale per tutti), ma come diritto sociale a che le istituzioni repubblicane, a cominciare proprio dal legislatore ordinario, si adoperino utilmente ed effettivamente affinché la condizione di disabilità non operi come ostacolo insuperabile rispetto a quell'obbiettivo. Eguaglianza delle opportunità, dunque, e non eguaglianza di risultato, ma con una importantissima precisazione: questa eguaglianza deve essere concretamente garantita da misure, azioni positive, strategie, politiche autenticamente idonee ad assicurare una piena e non simbolica inclusione scolastica.

4. *Evoluzione del quadro normativo e criticità persistenti*

L'evoluzione della legislazione in materia scolastica, per ciò che riguarda il tema qui trattato, è contrassegnata da una netta emancipazione dall'originario «separatismo», quel modello cioè caratterizzato dalla presenza di scuole speciali in cui collocare gli studenti con disabilità[53].

Questo processo di trasformazione si è sviluppato in tre fasi successive[54].

a) Ad un primo stadio il legislatore ordinario optò per un modello basato sull'*inserimento* degli studenti in parola. E lo fece tramite la l. 4 agosto 1977, n. 517. Furono soppresse le classi differenziali e speciali, si sancì il diritto degli studenti con disabilità di frequentare le classi comuni della scuola pubblica, venne introdotta la figura professionale dell'insegnante di sostegno specializzato, fu contemplato l'obbligo di programmazione educativa e di supporto statale per l'integrazione[55].

[52] Q. Camerlengo, *Costituzione Economia Società*, Bari, 2017, 250 ss.

[53] V., soprattutto, G. Matucci, *Dall'inclusione all'universalizzazione. Itinerari di sviluppo della scuola* della *Costituzione*, in Ead. (a cura di), *Diritto all'istruzione e inclusione sociale. La scuola «aperta a tutti» alla prova della crisi economica*, Milano, 2019, 33 ss.

[54] Per un approfondimento si rinvia a G. Matucci, *La scuola (inclusiva) nella Costituzione italiana*, in M. Ferrari, M. Morandi (a cura di), *Pedagogie dell'esclusione/ Pedagogie dell'inclusione*, Brescia, 2023, 87 ss.

[55] In qualche misura questa riforma della scuola fu preceduta dalla l. 30 marzo

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

Si trattò di un'autentica rivoluzione che travolse vecchi stereotipi gettando le basi per inediti paradigmi. Il bambino con disabilità (all'epoca ancora definito «handicappato») non era più percepito come un essere affetto da patologia e come tale destinato al solo trattamento medico e psichiatrico. Di questi studenti ne venne riconosciuta e celebrata la straordinaria umanità, l'essere persona al pari di tutti gli altri. La separazione era stata pensata e praticata con l'obiettivo dichiarato di tutelare al meglio questi bambini, ma che in realtà era funzionale a proteggere i «normodotati» dalla presenza di fatto percepita da molti ingombrante, fastidiosa dei disabili, considerati come un fattore ostativo capace di rallentare gli ordinari processi di apprendimento. Con il superamento del separatismo, gli allievi con disabilità vengono inseriti a pieno titolo nei percorsi educativi e formativi, celebrando la diversità come un valore aggiunto da sviluppare, piuttosto che come un problema da risolvere drasticamente o da eludere. Non fu certo semplice passare dall'astrattezza della norma alla concretezza delle prassi amministrative e didattiche. In particolare, sui docenti gravò una nuova responsabilità che li costrinse a rivedere approcci, strategie, codici comunicativi, per essere essi stessi protagonisti dell'attuazione effettiva di questo nuovo modello. Il successo di questa riforma fu in buona misura garantito da una coscienza sociale profondamente cambiata rispetto al passato e, dunque, più sensibile alle ragioni dell'eguaglianza, della solidarietà, del pluralismo.

b) Il varo della l. 5 febbraio 1992, n. 104 segnò la transizione verso un nuovo assetto, basato sul principio dell'*integrazione* scolastica. La differenza rispetto all'inserimento è ben illustrata da Giuditta Matucci: «mentre l'inserimento presuppone la mera giustapposizione di uno studente con bisogni specifici all'interno di un ambiente educativo che rimane ordinario, standardizzato, non subendo trasformazioni o adattamenti in funzione di tali bisogni, l'integrazione comporta l'adozione di una serie di misure atte a colmare il divario coi compagni "normodotati", sì da assicurare a chi versi in uno stato di svantaggio il successo formativo»[56]. Tra queste misure emerge il Piano educativo individualizzato (PEI) che s'impose come strumento progettuale costruito su misura per il singolo studente con disabilità[57].

1971, n. 118, recante norme finalizzate alla tutela e all'assistenza delle persone con disabilità mediante il riconoscimento di specifici diritti e l'accesso a specifiche forme di sostegno e altre agevolazioni.

[56] G. Matucci, *La scuola (inclusiva)*, cit., 91.

[57] Cfr. D. Ianes, H. Demo, *Il Piano Educativo Individualizzato. Luci e ombre di*

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

c) La Dichiarazione di Salamanca sui bisogni educativi speciali (BES) del 1994 e la Convenzione delle Nazioni unite sui diritti delle persone con disabilità del 2006 hanno illuminato un terzo percorso di sviluppo, fondato sul modello dell'*inclusione*. Si badi bene: si tratta di una inedita prospettiva di ampio respiro che intende abbracciare una molteplicità eterogenea di condizioni di vulnerabilità scolastica, e dunque si spinge oltre la disabilità certificata. In questa terza fase assumono rilievo centrale la l. 8 ottobre 2010, n. 170, che ha riconosciuto agli studenti con disturbi specifici dell'apprendimento (DSA) la possibilità di avere a disposizione un Piano didattico personalizzato (PDP), e la direttiva MIUR 27 dicembre 2012, che ha esteso tale opzione anche agli studenti BES. L'orizzonte della fragilità si amplia: in esso rientrano non solo i «classici» studenti con disabilità certificata, ma anche gli allievi e le allieve che versano in una condizione di svantaggio sociale, economico e linguistico, come gli studenti con *background* migratorio, gli studenti adottati, gli studenti temporaneamente collocati al di fuori della famiglia di origine e anche – per effetto della nota MIUR 3 aprile 2019, n. 562 – i *gifted children*, vale a dire gli studenti plusdotati che proprio a causa delle attitudini e capacità cognitive superiori alla media corrono il rischio di essere emarginati ed esclusi.

Nonostante questo *trend* legislativo e amministrativo, orientato verso il pieno e coerente inveramento dei princìpi costituzionali fondanti la scuola inclusiva, residuano tuttora non poche criticità[58], che spesso si manifestano anche in sede giudiziaria sotto forma di contenziosi che vedono contrapporsi le famiglie degli studenti con disabilità e le amministrazioni scolastiche[59]. E sono frequenti i ricorsi e le azioni

40 anni di storia di uno strumento fondamentale dell'Integrazione Scolastica in Italia, in *L'integrazione scolastica e sociale*, 2009, 16(4), 415 ss.

[58] Cfr. G. Latti, *I diritti esigibili. Guida normativa all'integrazione sociale delle persone con disabilità*, Milano, 2010. V. altresì A.M. Arpinati, D. Tasso, *L'inganno della scuola. Inclusione allievi con disabilità: cronaca di un fallimento*, Roma, 2019.

[59] Si precisa che la giurisprudenza ordinaria e amministrativa citata in questo contributo è stata reperita nel sito telematico dell'*Osservatorio giuridico permanente sui diritti delle persone con disabilità «Human Hall»*, coordinato dal Professor Giuseppe Arconzo, al quale va rivolto, unitamente agli altri collaboratori, il più sincero apprezzamento per la sistematica ricognizione delle pronunce rilevanti in materia. Come riconosciuto da Cons. Stato, sez. VII, sent. 3 maggio 2023, n. 4473, ribadisce che la normativa scolastica in materia di inclusione è di generale applicazione, senza alcuna distinzione tra le scuole statali e quelle paritarie di ogni ordine e grado, tenute a garantire i medesimi standard qualitativi delle scuole pubbliche.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

giudiziarie accomunate dalla dimensione economico-finanziaria, dal momento che uno dei punti cruciali è proprio la carenza di risorse destinate alla cura della disabilità[60].

Il piano educativo individualizzato (PEI) è lo strumento progettuale fondamentale ai fini dell'inclusione scolastica. In esso troviamo enunciati obiettivi educativi, strategie didattiche, strumenti, tecnologie, modalità di valutazione, il tutto con una premessa descrittiva che riporta il quadro diagnostico dello studente con disabilità[61].

Per quanto esso sia una modalità intelligente di approccio alla disabilità scolastica, nondimeno si manifestano rischi di cattiva gestione. Innanzitutto, per quanto predisposto in sede di gruppo di lavoro operativo (GLO), non bisogna trascurare il rischio che il PEI sia

[60] Il Tribunale di Termini Imerese, con ordinanza del 27 marzo 2025, si è pronunciato a favore di un minore con autismo ed epilessia al quale era stato negato il servizio di trasporto scolastico per la ritenuta necessità di un operatore sanitario a bordo. L'ente resistente sosteneva che, in ragione delle possibili crisi epilettiche durante il tragitto extraurbano, fosse indispensabile personale specializzato in grado di intervenire tempestivamente. Non così per l'adìto giudice, secondo cui la condizione epilettica non avrebbe potuto giustificare la mancata attivazione del trasporto: inverso, se i docenti risultavano formati a intervenire, non vi era ragione per cui analoghe istruzioni non potessero essere impartite all'accompagnatore. In alternativa, sarebbe stato onere dell'ente individuare personale idoneo senza gravare la famiglia. La carente predisposizione del servizio è stata qualificata come discriminazione indiretta, dal momento che la gestione dell'epilessia è stata impropriamente assunta quale ostacolo all'accesso al diritto allo studio, anziché quale ostacolo da fronteggiare mediante accomodamenti ragionevoli. V. anche Trib. Palermo, sez. I, sent. 23 gennaio 2024, n. 356. Peraltro, La sentenza della VII sezione del Cons. Stato, 20 novembre 2024, n. 9323, ha ritenuto illegittima la decisione di un Comune che aveva deciso di non erogare alla famiglia il contributo economico per il trasporto di uno studente con disabilità da casa a scuola in ragione di un debito che la famiglia stessa aveva nei confronti del Comune stesso.

[61] In tema di vincolatività del PEI è intervenuta la Corte d'Appello di Milano, sez. v civ., sent. 1° agosto 2025, n. 2387: sebbene l'ente locale mantenga la propria competenza nell'organizzazione del servizio e nell'allocazione delle risorse, lo stesso non può tuttavia discostarsi dalle valutazioni tecniche del GLO – unico organo specialistico competente a valutare le esigenze educative dell'alunno con disabilità – senza darne un'adeguata motivazione e non per mere ragioni organizzative o finanziarie. Invero, «il diritto all'inclusione scolastica degli alunni con disabilità costituisce un diritto fondamentale che deve essere garantito attraverso l'erogazione dei servizi di assistenza educativa nella misura individuata dal competente organo tecnico. L'autonomia costituzionale degli enti locali trova il proprio limite nel rispetto dei diritti inviolabili della persona e nell'esigenza di garantire un trattamento uniforme su base nazionale del fenomeno della disabilità».

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

sottoposto alla famiglia e agli eventuali professionisti che assistono lo studente come un documento già predisposto dalla scuola e suscettibile solo di essere formalmente approvato e sottoscritto. Piuttosto, affinché possa davvero sortire gli effetti sperati è necessario che il PEI sia davvero il frutto di un confronto dialettico e consapevole tra tutti gli attori coinvolti, senza pregiudizi e senza chiusure mentali rispetto alla partecipazione di soggetti estranei alla istituzione scolastica.

Non solo. Bisogna evitare che il PEI diventi l'occasione per proporre alla famiglia dello studente con disabilità un percorso scolastico differenziato culminante – e di questo non sempre le famiglie sono perfettamente conscie – in un mero attestato di frequenza, che è altro rispetto al ben più qualificante conseguimento del diploma di maturità. È ben vero che il percorso differenziato garantisce la frequenza della scuola insieme agli altri compagni e compagne, ma – a meno che non vi siano solidissime ragioni per giustificare questa scelta – il suddetto attestato non pare congeniale al pieno sviluppo della persona e all'effettiva partecipazione in un contesto retto da una autentica e vissuta solidarietà. Il PEI, se non confezionato a dovere, potrebbe restituire un'immagine distorta dello studente, non del tutto corrispondente a quelle potenzialità sulle quali la Costituzione stessa impone di investire. A volte il percorso differenziato si pone come la strada più semplice, per tutti, da imboccare e da percorrere, ma a farne le spese è proprio la legittima aspirazione dello studente con disabilità all'effettivo inveramento del principio di eguaglianza sostanziale come in precedenza interpretato.

Resta immaginabile, poi, la difficoltà di realizzare un effettivo e oggettivo controllo sul rispetto del PEI nella quotidianità scolastica.

Operante il PEI si ricorre spesso, quando si tratta di valutare il rendimento scolastico degli studenti in parola, ad una strategia con «prove equipollenti». Non si tratta – si badi bene – di verifiche individualizzate, cioè fatte su misura, ma di prove adattate alle specifiche esigenze dello studente con disabilità, e comunque preordinate a verificare il raggiungimento di un livello di conoscenza pari a quello degli altri studenti: un numero inferiore di domande, magari formulate sotto forma di quiz o simili, e nondimeno vertenti su tutti gli argomenti di volta in volta illustrati a lezione dai docenti. L'uso di misure compensative e altri ausilii non fa che favorire la realizzazione di queste verifiche senza snaturare il senso ultimo del PEI[62]. Ma è davvero così

[62] Il T.A.R. Toscana, sez. IV, sent. 20 febbraio 2024, n. 192, ha accolto il ricorso

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

facile costruire delle prove equipollenti rispondenti a canoni di ragionevolezza, proporzionalità, coerenza? Non esistendo (per ora) algoritmi cui affidarsi, la predisposizione di tali prove è rimessa alla discrezionalità del singolo docente, che a sua volta non pare suscettibile di sindacato ad opera dei genitori o di altri attori quivi coinvolti, se non quando sia stata esercitata in modo macroscopicamente errato[63].

Ancora, tra le misure compensative ve n'è una che può rivelarsi (e lo è, di fatto) decisiva per il buon apprendimento, quale quella rappresentata dalle mappe concettuali. Se può apparire agevole dotare lo studente con disabilità di tempo aggiuntivo, di sostituzione dello scritto con una prova orale, di una calcolatrice, di un pc con videoscrittura, non così semplice è predisporre documenti ragionati in cui sintetizzare, in modo accessibile e chiaro, i contenuti dei vari e disparati argomenti trattati senza, però, trasporre per intero ciò che si ritrova in un manuale o nelle *slides* eventualmente messe a disposizione dei docenti. Ebbene, ogni mappa concettuale va calibrata sulle specifiche esigenze degli studenti con disabilità e, dunque, non si può ragionevolmente ricorrere a schemi preconfezionati magari ricorrendo all'intelligenza artificiale. Questo risultato, ossia la realizzazione di mappe concettuali su misura del singolo studente, comporta uno sforzo notevole che non può essere attribuito allo studente stesso per intero, né tanto meno della sua famiglia i cui componenti non sono certo addestrati per l'assolvimento puntuale di tale compito. Se, poi, si pensa all'in-

contro la mancata ammissione alla classe successiva di uno studente con certificazione di disturbo specifico dell'apprendimento (DSA): «il Piano didattico personalizzato è stato adottato dalla scuola in oggettivo ritardo (…) e senza la previsione del complesso delle misure compensative e dispensative previste nella certificazione, ed è stato nei fatti considerato dalla scuola alla stregua di un mero "adempimento burocratico", anziché come uno strumento effettivamente volto a garantire all'alunno in difficoltà una personalizzazione della didattica, attraverso l'individuazione e l'attuazione di misure inclusive, di salvaguardia e di potenziamento delle sue capacità di apprendimento». Sulla mancata assegnazione degli strumenti compensativi v. Cons. Stato, sez. VII, sent. 9 dicembre 2024, n. 9839.

[63] Sino al 2017 le annuali ordinanze ministeriali recavano una definizione di «prove equipollenti» ricavata, però, da norme legislative ora abrogate (si pensi, ad es., al d.P.R. n. 323 del 1998). In precedenza, la normativa allora vigente stabiliva che le prove equipollenti «possono consistere nell'utilizzo di mezzi tecnici o modi diversi, ovvero nello sviluppo di contenuti culturali e professionali differenti. In ogni caso le prove equipollenti devono consentire di verificare che il candidato abbia raggiunto una preparazione culturale e professionale idonea per il rilascio del diploma attestante il superamento dell'esame».

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

gente varietà delle discipline erogate nelle varie scuole, anche in quelle a più alto impatto professionalizzante, allora la situazione si complica ulteriormente. Stando così le cose, una simile misura compensativa rischia di rimanere sulla carta, senza alcun impatto positivo e, anzi, a volte con effetti persino controproducenti. Non si dimentichi che le mappe devono essere previamente approvate da ogni singolo docente curricolare, il quale potrebbe avere anche sul punto «sensibilità» diverse.

L'attuazione del PEI è scandita da azioni e iniziative che vedono nell'insegnante di sostegno un vero e proprio protagonista[64]. Scelto tra coloro che hanno ottenuto la relativa abilitazione, questa figura professionale altro non è che un docente specializzato, inserito nelle classi con alunni con disabilità allo scopo di favorirne l'inclusione e di stimolare il suo apprendimento in stretta collaborazione con gli altri docenti curricolari. È bene precisare che non si tratta di un assistente personale, bensì di una sorta di mediatore educativo per tutta la classe.

Vale la pena ricordare che l'introduzione dell'insegnante di sostegno nelle scuole secondarie di II grado si deve alla circolare ministeriale 22 settembre 1988, n. 262 che ha dato attuazione alla già citata sentenza n. 215 del 1987 della Corte costituzionale.

Ebbene, da tempo si lamenta l'insufficiente destinazione di risorse in questo ambito. Da tempo si stigmatizza la carente predisposizione di idonei percorsi formativi. Per molti anni l'incarico del sostegno è stato vissuto come una modalità di accesso ai ruoli scolastici diversa da quella ordinaria. E ancor di più gli stessi insegnanti di sostegno si dolgono di una non adeguata considerazione ad opera del restante personale scolastico, denunciando emarginazione, sottovalutazione, esautoramento dai processi scolastici. Se combiniamo tutte queste criticità, il risultato che ne scaturisce è ben lontano dalla realtà di inclusione e di effettivo godimento del diritto allo studio prefigurata dai princìpi costituzionali[65]. Questa complessità è resa ancor più acuta dalle enor-

[64] Cfr. F. Magni, *Dall'integrazione all'inclusione: il nuovo profilo del docente di sostegno*. Roma, 2018.

[65] Di rilievo è, a questo proposito, T.A.R. Campania, sez. II, sent. 7 gennaio 2026, n. 101, dove, alla luce delle sentenze n. 80 del 2010 e n. 275 del 2016 della Corte costituzionale, si ribadisce che il diritto all'insegnante di sostegno, rientrando tra le garanzie da assicurare allo studente con disabilità, non può essere «condizionato finanziariamente». Anche alla luce della sentenza n. 121 del 2025, sempre della Corte costituzionale, lo stesso T.A.R. ha statuito che l'obbligo di copertura finanziaria ricade sul legislatore, cui spetta assicurare la piena realizzazione del diritto, a prescindere

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

mi difficoltà che, di fatto, ogni anno si presentano quando si tratta di accostare allo studente con una grave disabilità anche l'altra figu-

dall'impatto sul bilancio e predisponendo i mezzi per fronteggiare anche gli eventuali oneri che ne derivano. Sicché, compete all'amministrazione scolastica gestire le ulteriori spese per l'incremento delle ore di sostegno, non essendo possibile negare la tutela del diritto sulla base di carenze organizzative. Dello stesso organo si segnala T.A.R. Campania, sez. IV, sent. 30 gennaio 2024, n. 778, secondo cui le ore di insegnante di sostegno attribuibili agli alunni e alle alunne con disabilità devono essere quantificate solo attraverso il PEI. La discrasia tra le valutazioni del GLO e il PEI e l'effettiva, inferiore, quantificazione, è illegittima: «tale irragionevole divergenza non è sorretta da alcuna adeguata giustificazione, ma è all'opposto sintomatica di un vero e proprio sviamento dell'esercizio del potere amministrativo rispetto al fine assegnato (…), che è la tutela, mediante l'esercizio del potere amministrativo attribuito all'amministrazione scolastica, del diritto fondamentale allo studio degli alunni disabili». Per T.A.R. Lombardia, sez. V, sent. 15 febbraio 2024, n. 383, il PEI deve indicare il numero di ore di sostegno a garanzia dell'effettiva realizzazione del diritto all'istruzione e all'inclusione scolastica. Di interesse anche Trib. Napoli, sez. X, ord. 21 giugno 2024, a giudizio del quale se è vero che la mancata erogazione delle ore di sostegno previste dal PEI, oltre ad essere illecita e discriminatoria, può compromettere il percorso di apprendimento e di inclusione degli alunni e delle alunne con disabilità, nel contempo di per sé non determina automaticamente il diritto al risarcimento del danno non patrimoniale. Da non condividere, a modesto avviso di chi scrive, Cons. Stato, sez. III, sent. 12 agosto 2024, n. 7089, che, in merito ad un ricorso da parte di due genitori che avevano visto attribuire al proprio figlio un numero di ore di assistenza scolastica inferiore a quanto indicato nel Pei, ha escluso il carattere vincolante del PEI in punto di determinazione delle misure di assistenza scolastica, per l'assorbente considerazione che detto Piano si limita a formulare motivate proposte e non già determinazioni conclusive. Sicché, residua in capo all'Amministrazione comunale un irriducibile margine di apprezzamento discrezionale da esercitarsi con prudente equilibrio a mente del rango fondamentale dei diritti sottesi alle misure di inclusione scolastica: le concrete modalità di conformazione della prestazione risentono, da un lato, del limite complessivo delle risorse disponibili (beninteso, limite operante rispetto all'insieme complessivo delle misure richieste) e, dall'altro, delle specifiche modalità attuative nonché degli standard qualitativi previsti dal menzionato Accordo in sede di Conferenza unificata. Di opposto avviso Cons. Stato, sez. VII, 20 novembre 2024, n. 9323: «questo Collegio è ben consapevole che secondo un orientamento l'esercizio dei diritti fondamentali deve misurarsi, se non addirittura cedere in presenza della limitatezza delle risorse finanziarie degli enti pubblici (v., di recente, Cons. Stato, sez. III, 12 agosto 2024, n. 7089), ma ritiene preferibile aderire a quelle tesi secondo cui uno Stato sociale di diritto, a fronte del "grido di dolore" (così, ad esempio e testualmente, Cons. Stato, sez. III, 10 giugno 2016, n. 2501), proveniente da moltissime situazioni concrete, deve assicurare le esigenze dei soggetti più bisognosi e, a parità di bisogno, di quelli meno abbienti, in quanto la teorica dei diritti fondamentali finanziariamente condizionati non può legittimare la mortificazione dei diritti fondamentali senza che

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

ra professionale prevista dal diritto positivo, vale a dire l'educatore[66]. È sufficiente, ad esempio, che lo studente con disabilità sia residente in un Comune diverso da quello in cui ha sede la scuola frequentata perché sia necessario avviare una complessa procedura amministrativa finalizzata al reperimento dell'educatore tramite un bando aperto ad associazioni o cooperative sociali. E tra l'avvio di tale *iter* e l'arrivo dell'educatore (sempre che ciò avvenga, visto che la gara potrebbe anche andare deserta) possono passare diversi mesi: lasso di tempo sottratto ad un supporto preziosissimo per l'autonomia e l'inclusione dello stesso studente.

Non va neppure dimenticato che negli istituti professionali, dove a partire dal terzo anno sono previsti periodi significativamente lunghi (quattro settimane) di esperienze di tirocinio in ambiti lavorativi esterni alle scuole (i c.d. PCTO, vale a dire Percorsi per le Competenze Trasversali e l'Orientamento, un tempo noti come «alternanza scuola-lavoro»), gli studenti con disabilità vengono collocati in queste realtà senza il supporto dell'insegnante di sostegno e, ove previsto, dell'educatore. Una simile mancanza rischia di inficiare seriamente questo fondamentale momento formativo dove si mettono in pratica le competenze acquisite sui banchi di scuola.

Potrà sembrare in fin dei conti marginale o trascurabile, ma è un fattore di criticità anche la sempre più frequente, e documentata dai mass media, esclusione degli studenti con disabilità dalle gite scolastiche, specie se realizzata in più giorni consecutivi con pernottamento fuori casa. Oltre a generare un sentimento di riprovazione e disa-

la scelta dell'ente e, persino, del legislatore sia sorretta da una valida e superiore causa di giustificazione, attinente alla tutela del bene comune per finalità solidaristiche».

[66] Sulla figura dell'educatore v. Trib. Marsala, sez. II, sent. 30 aprile 2024, n. 371, che ha accolto la domanda volta ad ottenere nell'anno scolastico in corso le ore di assistenza educativa non fruite in quanto «qualificabile alla stregua di reintegrazione in forma specifica del pregiudizio conseguente alla lesione del diritto soggettivo rappresentata dalla condotta discriminatoria posta in essere dall'Ente locale (…) mediante diniego dell'integrale supporto specialistico contemplato nel PEI». Sull'assistenza alla comunicazione, ad esempio la C.A.A. - Comunicazione Aumentativa Alternativa, v. Trib. Gela, sez. civ., ord. 10 dicembre 2024. V. anche Trib. Torino, sez. I, ord. 15 ottobre 2024. Di interesse anche T.A.R. Lazio, Latina, sez. I, sent. 10 febbraio 2023, n. 105, che ha annullato il PEI il quale, anziché prevedere la presenza di un assistente infermieristico lungo tutto l'arco dell'orario scolastico – necessario a garantire il diritto all'istruzione e all'inclusione scolastica del minore con disabilità –, si limitava a disporne la presenza soltanto per la mattina.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

gio, questa esclusione pone gli studenti in parola in una condizione di svantaggio ulteriore, essendo privati di un importante momento di socializzazione e di crescita.

5. *Universalizzazione della scuola inclusiva e pari dignità sociale*

L'interpretazione del dettato costituzionale, condotta alla stregua dei princìpi fondamentali intesi nella loro più ampia portata sostanziale, porta ad un risultato univoco. Il legislatore ordinario è tenuto ad adottare tutte le misure più congeniali al successo scolastico degli studenti con disabilità. Detto altrimenti, il legislatore ordinario è costituzionalmente obbligato a rimuovere gli ostacoli che si frappongono al raggiungimento dei gradi più alti degli studi dal momento che anche gli studenti con disabilità sono «capaci e meritevoli».

Con ciò non si vuole affermare che questi studenti, diversamente dagli altri, siano titolari di un diritto, perfetto e assoluto, a conseguire il titolo di studio. Se fosse davvero così, allora la scuola stessa smarrirebbe la propria vocazione formativa ed educativa che, nella sua intrinseca portata inclusiva, non può che valere per tutti. Il titolo di studio, infatti, certifica il raggiungimento delle competenze e delle conoscenze necessarie per il prosieguo degli studi o per intraprendere una certa professione. La Costituzione esige che le istituzioni repubblicane prestino la massima attenzione al percorso scolastico degli studenti con disabilità, trattati non come pazienti da curare (modello contenitivo), ma come esseri umani che aspirano al pieno sviluppo della personalità e alla effettiva partecipazione (modello promozionale). Non è detto che si arrivi al titolo di studio e, dunque, ai gradi più alti degli studi. Ma questo eventuale «insuccesso» non può e non deve dipendere da omissioni, carenze, contraddizioni, imputabili alle istituzioni scolastiche. Non è costituzionalmente corretto trincerarsi dietro la penuria di risorse finanziario e umane: occorre costruire i bilanci e le politiche di assunzione intorno alle esigenze primarie di questi studenti. Non è costituzionalmente corretto imputare alle famiglie eventuali deficit di attenzione o persino agli stessi studenti incapacità oggettive o scarsa applicazione: occorre attivare misure di sostegno e di facilitazione idonee a supportare gli studenti e le loro famiglie.

Molto è stato fatto, non v'è dubbio. Rispetto al separatismo scolastico l'attuale assetto normativo ha assunto una conformazione decisamente in linea con i più volte evocati princìpi costituzionali. Residuano, tuttavia, ancora molte criticità, come si è visto in precedenza,

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

e che continuano ad alimentare un contenzioso giudiziario non trascurabile, soprattutto se pensiamo all'impatto che un'azione legale ha sullo studente con disabilità e sulla sua famiglia. L'assistenza garantita dalle associazioni che si occupano di disabilità è senz'altro un supporto importante, ma restano incontestabili le difficoltà che studenti e famiglie debbono sopportare per vivere momenti di conflittualità così economicamente ed emotivamente impegnativi.

Tra le correzioni e integrazioni che si potrebbero apportare all'attuale disciplina normativa e prassi amministrativa si può pensare, ad esempio, ad una ragionevole e attenta revisione dell'offerta didattica, già nelle scuole secondarie di primo grado, e magari non solo per gli studenti con disabilità introducendo la distinzione, simile a quella prevista nei corsi universitari, tra materie obbligatorie e insegnamenti a scelta, decisi in funzione delle attitudini e delle fragilità di ogni singolo allievo. Basti pensare alla presenza, nei percorsi formativi svolti in molti istituti professionali, di due lingue straniere il cui studio e apprendimento sono obbligatori per studenti che verosimilmente svolgeranno lavori per i quali questa preparazione non è in alcun modo contemplata, né richiesta dal mondo del lavoro.

Si può pensare a rafforzare l'individualizzazione del percorso formativo per gli studenti con disabilità senza che questo si traduca in una programmazione differenziata culminante in un attestato di frequenza privo di utilità in ambito lavorativo[67]. E non c'è sempre bisogno di circolari o atti formali per autorizzare gli stessi docenti a sperimentare sul campo nuove strategie inclusive all'insegna della cura sostanziale, e non del pedissequo rispetto di prassi amministrative[68].

Si può immaginare di potenziare e stimolare i momenti di confronto tra il personale docente, sostegno incluso, e le famiglie, anche oltre gli ordinari orari di ricevimento e i previsti GLO, rendendo più snella e informale l'interazione nel superiore interesse dello studente con disabilità.

Ancor prima, si può vigilare con maggiore attenzione e sistematicità sul rispetto delle vigenti regole di dimensionamento delle classi in cui sono presenti studenti con disabilità, dal momento che anche il fattore quantitativo può incidere sulla serena e proficua fruizione del

[67] Cfr. G. Matucci, *Personalizzazione degli apprendimenti, eguaglianza, capacità*, in *Dir. cost.*, 2021, 3, 87 ss.

[68] Come esorta a fare nel suo bel libro A. Pioggia, *Cura e pubblica amministrazione*, Bologna, 2024.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

servizio da parte di questi allievi[69]. Così come si potrebbe dimostrare, da parte delle istituzioni scolastiche, maggiore disponibilità verso il c.d. «anno di saldatura», che si sostanzia nel trattenimento del bambino nella scuola dell'infanzia ancora per un anno prima di accedere alla scuola primaria. In questo caso, è sì in gioco l'adempimento dell'obbligo scolastico da parte dei genitori, ma si rivela prevalente l'interesse del bambino, specie (ma non solo: si pensi ai bambini adottati o da poco arrivati in Italia) se con disabilità. Il passaggio tra i due ordini di scuola potrebbe di fatto rivelarsi traumatico e, dunque, la gradualità appare una soluzione più che ragionevole[70].

Ma questi e altri interventi correttivi e integrativi hanno scarse probabilità di attuazione, o anche solo di programmazione, se non sono collocati all'interno di una politica normativa ancor più coraggiosa sul versante dell'inclusione.

Ebbene, la strada principale da imboccare per approssimarsi ulteriormente alla mèta indicata dai princìpi costituzionali pare essere quella dell'*Universal Design for Learning*[71].

[69] Per il T.A.R. Calabria, sez. II, sent. 11 marzo 2024, n. 366, l'art. 5, comma 2, del d.P.R. n. 81 del 2009, ai sensi del quale le classi iniziali delle scuole e degli istituti di ogni ordine e grado che accolgono alunni con disabilità di norma sono costituite da non più di 20 alunni, «va interpretato come garanzia di adeguatezza pedagogica in caso di presenza di alunni disabili, e non può costituire – al contrario – una barriera all'accesso del disabile all'integrazione scolastica. Si tratta, in effetti, di una disposizione che, lungi da avere un effetto preclusivo e potenzialmente pregiudizievole nei confronti degli alunni disabili, deve essere interpretata nel senso di impegnare le istituzioni scolastiche ad approntare tutte le misure più idonee a garantire l'esplicarsi del diritto allo studio».

[70] La parte ricorrente aveva impugnato il provvedimento con cui un Dirigente scolastico aveva rigettato la domanda volta ad ottenere il trattenimento del figlio di undici anni, gravemente disabile, per un altro anno presso la classe quinta della scuola primaria. Per T.A.R. Sardegna, sez. I, sent. 17 luglio 2023, n. 538, questa decisione risulta viziata sia sotto il profilo del difetto d'istruttoria sia – e conseguentemente – sul piano motivazionale, perché non tiene adeguatamente conto delle valutazioni che sono state espresse dall'équipe di specialisti di neuropsichiatria che hanno in carico il minore (Diagnosi funzionale), e non consente nemmeno di cogliere le ragioni che hanno indotto l'Amministrazione a discostarsi da quelle indicazioni specialistiche. Sul c.d. «anno di saldatura», che consente al bambino con disabilità (e non solo) di restare un anno in più presso la scuola dell'infanzia, così derogando all'obbligo scolastico, v. T.A.R. Abruzzo, sez. I, sent. 31 ottobre 2023, n. 329.

[71] Su cui, soprattutto, G. Matucci, *Inclusione*, in Q. Camerlengo (a cura di), *Inclusione. Convivere nella diversità*, Roma, 2026, 19 ss.

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Da molto tempo gli studi più innovativi della pedagogia invitano a ripensare radicalmente la filosofia e i modelli sottesi alla progettazione degli ambienti educativi, in modo tale da renderli davvero funzionali ai bisogni di tutti, a cominciare proprio dagli studenti con disabilità. Questo innovativo approccio risposa sui princìpi di inclusione, di accessibilità e di valorizzazione delle differenze di ogni studente. Avvalendosi della tecnologia informatica e di altri strumenti di comunicazione e di linguaggio, questo modello asseconda una modalità *bottom up*: si investe maggiormente e preliminarmente sulla progettazione del contesto di riferimento.

L'*Universal Design for Learning* capovolge la prospettiva: è l'ambiente a doversi conformare alle esigenze individuali, e non viceversa, così che lo studente con disabilità possa muoversi e agire senza gli ostacoli che si frappongono alla sua piena inclusione nei percorsi formativi. Per avere contezza di questa modalità si pensi a quanto ha statuito la Corte costituzionale. Non si tratta di una decisione che riguardi direttamente il tema qui trattato, ma da essa affiora un principio generale adattabile anche alla scuola. Ha, infatti, preso atto la Corte che l'accessibilità «è divenuta una *qualitas* essenziale degli edifici privati di nuova costruzione ad uso di civile abitazione, quale conseguenza dell'affermarsi, nella coscienza sociale, del dovere collettivo di rimuovere, *preventivamente*, ogni possibile ostacolo alla esplicazione dei diritti fondamentali delle persone affette da handicap fisici»[72]. La Corte ha riconosciuto quanto, nella coscienza sociale[73], si sia affermata l'idea che dal principio solidaristico discenda il dovere di adoperarsi in anticipo rispetto a situazioni ostative al pieno godimento, da parte delle persone con disabilità, dei diritti fondamentali. E questo principio può essere talmente generalizzato da estendersi non solo alla conformazione di luoghi e materiale didattico, ma anche allo stesso atteggiamento mentale di chi ha la responsabilità di accudire e seguire gli studenti a scuola.

[72] Corte cost., sentenza n. 167 del 1999 (enfasi aggiunta).

[73] Cfr. I. Massa Pinto, *La superbia del legislatore di fronte alla «natura delle cose»*, Torino, 2012; N. Zanon, *Corte costituzionale, evoluzione della «coscienza sociale», interpretazione della costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in *Rivista AIC*, 2017, 4, 1 ss.; A. Ciervo, *Il giudice delle leggi e i mutamenti della coscienza sociale: un ragguaglio critico della giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Pol. dir.*, 2019, 523 ss.; V. Marcenò, *Il Giudice delle leggi in ascolto. «Coscienza sociale» e giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2021, 377 ss.; Q. Camerlengo, *Costituzione e coscienza sociale: il contributo della teoria del nudge*, in *Lo Stato*, 2023, 21, 11 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

Il pregio dell'universalizzazione affiora anche riflettendo su altre misure sino ad oggi considerate cruciali in vista dell'inclusione scolastica e, più in generale, nell'ottica dell'inveramento dell'eguaglianza sostanziale. Alludo alle azioni positive e all'accomodamento ragionevole. Le azioni positive sono misure che, in deroga all'eguaglianza formale, mirano a discriminare in meglio i soggetti vulnerabili affinché possano ridurre il *gap* che li separa dagli altri in termini di parità nei punti di partenza[74]. Dal canto suo, l'accomodamento ragionevole si risolve in aggiustamenti, adattamenti, modifiche concepiti caso per caso per consentire ai soggetti fragili il pieno godimento dei diritti fondamentali, nella stessa misura degli altri, senza imporre oneri sproporzionati, tanto che un eventuale rifiuto ingiustificato sarebbe qualificabile come illegittima discriminazione[75].

Ebbene, queste modalità riflettono l'intrinseca logica riparativa dell'inclusione sia pure con una importante differenza, visto che le azioni positive riguardano categorie generali di persone, laddove l'accomodamento ragionevole opera in relazione a situazioni specifiche[76]. L'universalizzazione, invece, aspira a svolgere una funzione preventiva. È chiaro, comunque, che questi approcci non sono incompatibili, potendosi rivelare modalità sinergicamente orientate verso la cura solidale delle persone con disabilità.

[74] Fondamentale A. D'Aloia, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Padova, 2002.

[75] Cfr., tra i molti, D. Ferri, *L'accomodamento ragionevole per le persone con disabilità in Europa: da Transatlantic Borrowing alla Cross-Fertilization*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2017, 381 ss.; D. Fantozzi, *Accomodamento Ragionevole per una pedagogia ecologicamente orientata*, in *Scholé*, 2022, 191 ss.; F. Meola, *Minori, disabilità, scuola: quale vera inclusione attraverso il Progetto di vita?*, in *BioLaw Journal*, 2025, 25 ss.

[76] Cfr. Trib. Bologna, sez. lav., ord. 14 gennaio 2024, che ha riconosciuto il diritto di un'alunna con disabilità a vedersi assegnato personale adeguatamente formato al metodo ABA, come indicato dalla Neuropsichiatria di riferimento. Trattasi di accomodamento ragionevole, la cui possibilità di attuazione viene valutata in modo differente a seconda che si tratti della figura dell'insegnante di sostegno o dell'assistenza scolastica. L'assegnazione degli insegnanti di sostegno, al pari di tutti i docenti, avviene sulla base di apposite graduatorie, nella quale la formazione ABA è titolo aggiuntivo, non obbligatorio. atteso che il rispetto delle graduatorie è imprescindibile, anche a garanzia della posizione giuridica dei singoli docenti iscritti, «imporre il sovvertimento dell'ordine di graduatoria per consentire l'assegnazione al minore disabile di personale specializzato nel metodo ABA comporterebbe un onere e un sacrificio che appare sproporzionato ed eccessivo e pertanto esula dal concetto, consolidato nel diritto di fonte comunitaria, di "accomodamento ragionevole"».

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Il riconoscimento agli studenti con disabilità di concrete opportunità di promozione sociale, attraverso la frequenza non meramente simbolica delle istituzioni scolastiche, è una questione di giustizia perché investe direttamente la dignità di queste ragazze e di questi ragazzi.

La dignità è un valore fondamentale riconosciuto dalla Costituzione[77]. È il bene essenziale verso cui tende il principio personalista di cui all'art. 2 Cost.[78].

Non è facile afferrare l'essenza della dignità e racchiuderla in una nozione valida e unanimemente riconosciuta, trattandosi di un bene che risente di tante variabili, spaziali e temporali. Ma è facile capire quando la dignità viene meno. Quando una persona è costretta ad elemosinare per sopravvivere. Quando migliaia di persone debbono abbandonare le loro case prese di mira da bombardamenti e azioni belliche. Quando un lavoratore è costretto ad accettare una paga irrisoria pur di prendersi cura di sé e della sua famiglia. Quando uno studente con disabilità finisce ai margini della sua classe perché si assumono iniziative alle quali non può, pur volendo, partecipare a cagione della sua condizione personale. Insomma, la dignità è violata quando la persona è degradata a strumento, e non a fine dell'azione di altri soggetti e delle stesse istituzioni[79].

[77] Come ha scritto L. Carlassare, *Nel segno della Costituzione*, Milano, 2012, 20, «la dignità è la chiave per leggere la Costituzione intera». V., quindi, tra i molti, A. Mattioni, *Profili costituzionali della dignità umana*, in *Jus*, 2008, 251 ss.; A. Ruggeri, *Appunti per uno studio sulla dignità dell'uomo, secondo diritto costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2011, 1, 1 ss.; G. Monaco, *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in *Pol. dir.*, 2011, 45 ss.; A. Pirozzoli, *La dignità dell'uomo. Geometrie costituzionali*, Napoli, 2012; G.M. Flick, *Elogio della dignità (se non ora, quando?)*, in *Rivista AIC*, 2014, 1, 1 ss.; F. Politi, *Diritti sociali e dignità umana nella Costituzione repubblicana*, Torino, 2018; L. Ferrajoli, *Dignità e libertà*, in *Riv. fil. dir.*, 2019, 23 ss.

[78] Cfr. Corte cost., sentenze n. 22 del 2022, nonché n. 66 e n. 76 del 2025.

[79] In tema di partecipazione politica, più esattamente, di sottoscrizione digitale delle liste elettorali, è intervenuta di recente la Corte costituzionale in un giudizio incidentale di legittimità originato da un cittadino con sclerosi laterale amiotrofica che lamentava di essere stato impedito nell'apporre la firma digitale in luogo della firma autografa per sottoscrivere le liste dai candidati al Consiglio regionale. La Corte, con la sentenza n. 3 del 2025, ha riconosciuto che «la dignità umana è compromessa ogni volta in cui è lo stesso ordinamento giuridico che trasforma, in forza di un suo divieto e di una sua previsione, in inabile o bisognosa di assistenza una persona che, invece, sarebbe in grado, con propri mezzi, di provvedere a compiere una determinata

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

Tutto ciò confligge insanabilmente con il principio di «pari dignità sociale» consacrato nel comma 1 dell'art. 3 Cost. Certamente una formula «curiosa e nuovissima», come la descrisse Livio Paladin[80], visto che non vi erano analoghe formulazioni nello Statuto albertino o in altre costituzioni liberali dell'Ottocento[81]. Nondimeno, questo principio non può essere liquidato come una formula di stile ad alto potenziale simbolico, ma privo di effettiva attitudine prescrittiva o normativa. L'impatto giurisprudenziale è stato, invero, alquanto limitato[82], ma questo non significa che il principio in parola non sia annoverabile tra i pilastri dell'edificio costituzionale e, come tale, capace di vincolare l'azione complessiva dei pubblici poteri e di noi tutti consociati.

Anche in questo caso occorre innanzitutto pensare al clima dell'epoca in cui si svolse il processo costituente. I grandi divari tra i ceti più abbienti e le imponenti masse popolari avevano ripercussioni anche sul modo in cui i consociati guardavano al prossimo in termini di prestigio o di reputazione sociale. Ancora una volta il fattore economico fu determinante, come se la ricchezza fosse il parametro di riferimento per misurare la dignità sociale di una persona. Pur non cristallizzate in riconoscimenti di carattere giuridico, vi erano, e si sentivano, le gerarchie tra consociati[83].

attività». Non è forse questo un caso di strumentalizzazione della persona? Di una persona, cioè, che con ausilii specifici sarebbe in grado di compiere un gesto altrimenti impossibile, ma che si trova, suo malgrado, costretto ad agire secondo una modalità standard imposta da una pubblica istituzione? Cfr. G. Arconzo, *Sull'incostituzionalità di previsioni che non consentono l'esercizio autonomo dei diritti delle persone con disabilità. Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 3 del 2025*, in *Osservatorio AIC*, 2025, 4, 194 ss.

[80] L. Paladin, *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Milano, 1965, 237.

[81] V., anche, G. Ferrara, *La pari dignità sociale. Appunti per una ricostruzione*, in *Scritti in onore di Giuseppe Chiarelli*, II, Milano, 1974, 1089 ss.; P. Zuddas, *La pari dignità sociale a tre dimensioni*, Padova, 2019; E. di Carpegna Brivio, *Pari dignità sociale e* Reputation scoring. *Per una lettura costituzionale della società digitale*, Torino, 2024; Q. Camerlengo, *Pari dignità sociale e solidarietà: per un effettivo inveramento del principio di eguaglianza*, in *Scritti in memoria di Beniamino Caravita*, III, Napoli, 2024, 2311 ss.

[82] V. S. Niccolai, *Il limitato utilizzo del principio di pari dignità sociale nella giurisprudenza costituzionale. Appunti per una ricerca*, in *Scritti in onore di A. Pace,* III, Napoli, 2012, 2213 ss. Di recente, v. Corte cost., sentenze n. 186 del 2020 e n. 127 del 2022.

[83] Cfr. T. Groppi, *Oltre le gerarchie. In difesa del costituzionalismo sociale,* Bari-Roma, 2021.

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Oggi l'impari dignità sociale prescinde spesso dal fattore economico. E, così, anche una persona con disabilità, costretta a vivere in un contesto che non tiene conto delle sue esigenze, subisce un *vulnus* intollerabile in termini di dignità. Ogni barriera architettonica, ogni pregiudizio coltivato in classe o in azienda, ogni remora ad instaurare rapporti di amicizia o di affetto, non sono altro che manifestazioni inequivocabili di mancata considerazione umana e sociale dell'altro, della persona che, anche se «diversa» da noi, è altrettanto degna di attenzione, di cura, di rispetto, di pari dignità sociale per l'appunto. Di fronte a quegli ostacoli, che ne impediscono il pieno sviluppo della personalità e l'effettiva partecipazione, lo studente con disabilità si sente, e viene trattato, come persona non degna di condividere con gli altri la medesima esperienza comunitaria. E non c'è reddito *pro capite* che regga in una situazione del genere, neppure se elevato.

Non v'è dubbio che una eguale considerazione di tutti i consociati è un obiettivo che si può conseguire in prima battuta sul versante delle spontanee dinamiche sociali. Nondimeno, un'azione coerente ed incisiva del legislatore verso l'universalizzazione della scuola può certamente contribuire all'inveramento del principio costituzionale della pari dignità sociale[84]. Il cammino verso questo traguardo inizia proprio dalla scuola, come insegnò a suo tempo Don Lorenzo Milani nella sua Scuola di Barbiana e come dimostrato da tanti episodi di emancipazione sociale che hanno visto come protagonisti alunne e alunni con disabilità. È, però, necessario che questi non restino «episodi», ma diventino la normalità, una sana e virtuosa abitudine di fronte alla quale non stupirci più perché non c'è nulla di più rivoluzionario di una eccezione positiva che diventa regola.

[84] Cfr. C. Colapietro, *I principi-valori della «pari dignità sociale» e del «pieno sviluppo della persona umana» quale fondamento costituzionale della tutela delle persone con disabilità*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, II, Napoli, 2011, 943 ss.; L. Busatta, *L'universo delle disabilità: per una definizione unitaria di un diritto diseguale*, in *Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza di Trento*, 2016, 335 ss.; F. Masci, *L'inclusione sociale dei disabili: inclusione sociale di persone*, in *Costituzionalismo*, 2017, 2, 133 ss.; C. Levorato, *Aspetti giuridici della dignità umana nell'orizzonte della disabilità*, in *Consulta Online*, 2019, 3, 662 ss.; S. Rossi, *L'accessibilità come diritto sociale delle persone disabili*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2019, 399 ss.; A. Lamberti, *Il diritto all'istruzione delle persone con disabilità: tutela giurisdizionale ed equilibrio di bilancio*, in *Dirittifondamentali.it*, 2022, 3, 30 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

Nicola Di Leo

L'azione antidiscriminatoria (l. 67/2006) e il concetto di accomodamento ragionevole

Sommario: 1. La l. n. 67 del 2006 e la tutela antidiscriminatoria in materia di disabilità. – 2. La nozione di disabilità e le fonti in materia. – 3. La nozione di accomodamento ragionevole nel suo collegamento all'obbligo di buona fede e correttezza e ai principi antidiscriminatori. – 4. La nozione di accomodamento ragionevole quale clausola generale. – 5. L'accomodamento ragionevole nell'ambito lavoristico. – 6. L'introduzione del concetto di accomodamento ragionevole nell'ordinamento italiano per l'intervento della Corte di giustizia. – 7. La concreta attuazione di un accomodamento ragionevole nell'esecuzione del rapporto di lavoro: criteri di giudizio ed esempi nella giurisprudenza e nella legislazione. – 8. La concreta attuazione di un accomodamento ragionevole per la legittimità del licenziamento del disabile. In particolare, il recesso nell'ipotesi di non idoneità allo svolgimento delle mansioni totale o parziale. – 9. Il licenziamento per superamento del periodo di comporto. – 10. La conoscibilità dello stato di disabilità quale antecedente logico necessario per l'accomodamento ragionevole nel licenziamento per superamento del periodo di comporto del disabile. – 11. Le ultime pronunce della Corte di giustizia e della Corte costituzionale in materia. – 12. Conclusioni.

1. *La l. n. 67 del 2006 e la tutela antidiscriminatoria in materia di disabilità*

Il principio di parità di trattamento e la tutela a favore dei disabili[1] hanno trovato un importante approdo con la l. n. 67 del 2006[2], dedicata, in modo specifico, a tale fattore di rischio.

[1] Il presente contributo è stato oggetto di relazione nel corso P 26002 della Scuola Superiore della Magistratura che si ringrazia per la concessione per la sua pubblicazione.

[2] La l. n. 67/06, dedicata in modo specifico alla disabilità, costituisce anche un adempimento rispetto all'art. 9 della direttiva 2000/78, per cui, con riguardo ai fattori di rischio menzionati nel suo art. 1, gli Stati membri provvedono affinché tutte le persone che si ritengono lese, in seguito alla mancata applicazione nei loro confronti del principio della parità di trattamento, possano accedere a procedure giurisdizionali. I fattori di rischio considerati dalla direttiva sono quelli collegati alla religione o alle convinzioni personali, agli handicap, all'età o alle tendenze sessuali.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

In particolare, come si evince dal suo art. 1, tale normativa promuove, ai sensi dell'art. 3 Cost., la piena attuazione del principio di parità di trattamento e delle pari opportunità nei confronti delle persone con disabilità di cui all'art. 3 della l. n. 104/92, al fine di garantire loro il pieno godimento dei propri diritti civili, politici, economici e sociali.

Si pone, poi, in immediato collegamento con le disposizioni del d.lgs. n. 216/03, poste per le discriminazioni in pregiudizio *anche* delle persone con disabilità[3] relative all'accesso al lavoro e sul lavoro, ossia con quella che è stata la prima attuazione della direttiva 2000/78.

La l. n. 67/06, all'art. 2, *in via generale* (e, dunque, per qualunque tipo di disabilità, anche al di fuori della materia lavoristica e previdenziale), viene a chiarire la nozione di discriminazione, nel senso che si ha «discriminazione diretta» quando, per motivi connessi al fattore di rischio della disabilità, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata una persona non disabile in situazione analoga.

Si ha, invece, «discriminazione indiretta» quando una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri mettono un portatore di disabilità in una posizione di *svantaggio* rispetto agli altri.

È bene qui subito rammentare che, nel regime previsto dalla direttiva 2000/78, tale ultima tipologia di illecito incorpora la *possibilità di una giustificazione*, a differenza della nozione di discriminazione diretta. Infatti, non sussiste discriminazione indiretta quando il criterio o la prassi siano *oggettivamente giustificati da una finalità legittima*[4] e i *mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari*[5].

È possibile, poi, riflettere come il concetto di discriminazione in-

[3] I fattori di rischio considerati dal d.lgs. n. 216/03 sono quelli collegati alla religione, alle convinzioni personali, agli handicap, all'età, alla nazionalità, all'orientamento sessuale.

[4] Ad es., cfr. CGUE sentenza Pauni del 11 settembre 2025 nella causa C 5/24, punto 46, per la quale assicurarsi della *capacità e della disponibilità dei lavoratori ad esercitare la loro attività professionale* può costituire una finalità legittima di politica sociale. Il che sul presupposto che risulta dal considerando 17 della direttiva 2000/78 che quest'ultima non prescrive il mantenimento dell'occupazione di un individuo non più capace o non più disponibile ad effettuare le funzioni essenziali del lavoro in questione, fermo restando, tuttavia, l'obbligo di prevedere una soluzione appropriata per i disabili.

[5] Cfr., ad es., CGUE sentenza del 18 gennaio 2018, Ruiz Conejero, C-270/16, EU:C:2018:17, punto 40.

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

diretta *per disabilità* sia particolarmente rilevante e frequentemente richiamato nelle cause in quanto, normalmente, la vita sociale viene regolata e impostata in relazione a una persona dotata di tutte le abilità ordinarie, con possibilità concreta, dunque, che si determini, *per i criteri adottati*, un effetto svantaggioso per la categoria protetta.

Ai sensi della medesima normativa sono, altresì, considerate come discriminazioni le *molestie,* ovvero quei comportamenti indesiderati, posti in essere per motivi connessi alla disabilità, che violano la dignità e la libertà di un portatore di tale fattore di rischio, ovvero che creano un clima di intimidazione, di umiliazione e di ostilità nei suoi confronti.

Quanto, poi, alla *legittimazione ad agire in giudizio* a fronte di simili disuguaglianze, l'art. 4 la conferisce anche alle associazioni e agli enti individuati con decreto del Ministro per le pari opportunità, di concerto con il Ministro del lavoro e delle politiche sociali, sulla base della finalità statutaria e della stabilità dell'organizzazione. In tal caso, è necessaria una delega rilasciata per atto pubblico o per scrittura privata autenticata a pena di nullità, per agire in nome e per conto del soggetto passivo della discriminazione.

Con riferimento alla *tipologia del processo* da seguirsi, nell'art. 3, è richiamato l'art. 28 del d.lgs. n. 150/11, che, ora, dopo il d.lgs. n. 149/22 (c.d. Riforma Cartabia), rinvia al *processo semplificato di cognizione* disciplinato dagli artt. *281 decies* ss. c.p.c.[6].

Nell'ambito dello stesso, una particolare disciplina è stabilita per il riparto degli oneri della prova, in quanto l'art. 28 cit. dispone che «*quando il ricorrente* fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico, dai quali si può presumere l'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori, *spetta al convenuto* l'onere di provare l'insussistenza della discriminazione».

[6] In origine l'art. 28 del d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150 stabiliva che «le controversie in materia di discriminazione di cui all'articolo 44 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, quelle di cui all'articolo 4 del decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 215, quelle di cui all'articolo 4 del decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 216, quelle di cui all'articolo 3 della l. 1° marzo 2006, n. 67, e quelle di cui all'articolo 55-*quinquies* del decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198, sono regolate dal rito semplificato di cognizione, ove non diversamente disposto dal presente articolo», facendo rinvio alla procedura di cui agli artt. 702 *bis* ss. c.p.c.

Oggi il vecchio "rito sommario di cognizione" (artt. 702 *bis* ss. c.p.c.) è stato sostituito e superato dalla Riforma Cartabia (d.lgs. 149/2022) con il nuovo "procedimento semplificato di cognizione", ora disciplinato dagli articoli 281-*decies* e seguenti del codice di procedura civile».

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

I dati di carattere statistico possono essere relativi anche alle assunzioni, ai regimi contributivi, all'assegnazione delle mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera e ai licenziamenti dell'azienda interessata.

Nello stesso senso, del resto, l'art. 10, comma 1, della direttiva 2000/78 dispone che «gli Stati membri prendono le misure necessarie, conformemente ai loro sistemi giudiziari nazionali, per assicurare che, allorché persone che si ritengono lese dalla mancata applicazione nei loro riguardi del principio della parità di trattamento espongono, dinanzi a un tribunale o a un'altra autorità competente, fatti dai quali si può presumere che vi sia stata una discriminazione diretta o indiretta, incomba alla parte convenuta provare che non vi è stata violazione del principio della parità di trattamento».

Quanto alla decisione finale, con la sentenza il giudice può condannare il convenuto al risarcimento del danno anche non patrimoniale e ordinare la cessazione del comportamento, della condotta o dell'atto discriminatorio pregiudizievole, adottando, anche nei confronti della pubblica amministrazione, ogni altro provvedimento idoneo a rimuoverne gli effetti[7].

Al fine di impedire la ripetizione della discriminazione, poi, può comandare di adottare, entro il termine fissato nel provvedimento, un *piano di rimozione delle discriminazioni* accertate. Nei casi di comportamento discriminatorio di carattere collettivo, il piano è adottato sentito l'ente collettivo ricorrente.

Si fa poi applicazione dell'art. 44, comma 11, del d.lgs. n. 286/98 per cui in caso di accertamento di atti o comportamenti discriminatori posti in essere *da imprese alle quali siano stati accordati benefici* ai sensi delle leggi vigenti dello Stato o delle Regioni, ovvero che abbiano stipulato contratti di appalto attinenti all'esecuzione di opere pubbliche, di servizi o di forniture, è immediatamente fatta comunicazione

[7] Una particolare tutela risulta quella conferita dalla Corte di giustizia con la sentenza *Milkova*, per un caso di un licenziamento nel settore pubblico di un soggetto disabile, effettuato *senza l'autorizzazione preventiva dell'Ispettorato del lavoro* (invece prevista nell'ambito privatistico): la Corte prima esclude una discriminazione ai sensi della direttiva 78/00 poiché la stessa non viene a tutelare le distinzioni tra impiego pubblico e privato, ma poi viene a qualificare la scelta dello Stato bulgaro come un'«azione positiva» pure prevista dall'art. 7 della stessa normativa e viene a rendere possibile una tutela estensiva della tutela privata all'ambito pubblico facendo riferimento all'art. 21 della Carta di Nizza e al principio di parità di trattamento derivante dallo stesso.

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

da parte del magistrato alle amministrazioni pubbliche stesse. Tali amministrazioni, a tal punto, revocano il beneficio e, nei casi più gravi, dispongono l'esclusione del responsabile per due anni da qualsiasi ulteriore concessione di agevolazioni finanziarie o creditizie, ovvero da qualsiasi appalto.

2. *La nozione di disabilità e le fonti in materia*

La l. n. 67/06, pur introducendo una tale tutela, non viene a indicare la *nozione di disabilità*, *dandola per presupposta.*

Tuttavia, si tratta di un concetto di non immediata definizione e che è stato sviluppato nel tempo, con il risultato che si è transitati da un *modello medico burocratico* incentrato sul solo deficit psichico o fisico dell'individuo, valutato secondo parametri di percentuale dalle Commissioni mediche amministrative senza riguardo agli effetti della sua interazione con l'ambiente circostante, a un *modello biopsicosociale*, attento alla relazione tra la patologia e gli ostacoli per l'inserimento sociale del disabile.

Tra le fonti che hanno determinato tale mutamento interpretativo vi è certamente la Convenzione Onu del 13 dicembre 2006[8] che, pur collocandosi tra le normazioni internazionali non immediatamente applicabili (come tutte quelle internazionali *non consuetudinarie ex* art. 10 Cost.), ha certamente determinato una delle più significative evoluzioni dell'ordinamento interno italiano.

Ha lo scopo di promuovere, proteggere e garantire il pieno ed uguale godimento di tutti i diritti umani e di tutte le libertà fondamentali da parte delle persone con disabilità e promuovere il rispetto per la loro intrinseca dignità e, per l'appunto, *definisce persone con disabilità* quelle che «presentano durature menomazioni fisiche, mentali, intellettive o sensoriali che in interazione con barriere di diversa natura possono ostacolare la loro piena ed effettiva partecipazione nella società su base di uguaglianza con gli altri» (art. 1).

L'Unione Europea, dal canto proprio, la ha approvata tramite la Decisione 2010/48/CE del Consiglio, adottata il 26 novembre 2009 e si può allora rammentare che, in forza dell'art. 216, par. 2, TFUE[9],

[8] Ratificata dall'Italia con la l. n. 18/2009.

[9] Dispone l'art. 216 del TFUE che «1. L'Unione può concludere un accordo con uno o più paesi terzi o organizzazioni internazionali qualora i trattati lo prevedano

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

allorché la stessa conclude accordi internazionali, questi ultimi vincolano le sue istituzioni e, di conseguenza, prevalgono[10] sugli atti della stessa[11].

Pertanto, per tal motivo, la Corte di giustizia ha così fatto il primo *passo per la suddetta evoluzione interpretativa del concetto di disabilità*, adottando, per la direttiva 2000/78 (quale normativa di diritto derivato), una soluzione ermeneutica conforme a tale Convenzione[12].

Infatti, anche nella direttiva 2000/78 non c'è alcuna definizione del concetto di disabilità e neppure un rinvio al diritto degli Stati membri per tale nozione.

In questo senso, allora, la Corte di giustizia ha evidenziato che,

o qualora la conclusione di un accordo sia necessaria per realizzare, nell'ambito delle politiche dell'Unione, uno degli obiettivi fissati dai trattati, o sia prevista in un atto giuridico vincolante dell'Unione, oppure possa incidere su norme comuni o alterarne la portata. 2. Gli accordi conclusi dall'Unione vincolano le istituzioni dell'Unione e gli Stati membri».

[10] CGUE sentenza del 21 dicembre 2011, Air Transport Association of America e a., C-366/10, punto 50 e giurisprudenza ivi citata.

[11] CGUE, 11 aprile 2013, HK Danmark, C-335/11 e C-337/11, 28 e 29 e sentenza del 22 novembre 2012, Digitalnet e a., C-320/11, C-330/11, C-382/11 e C-383/11, punto 39 e giurisprudenza ivi citata. Tale prevalenza degli accordi internazionali conclusi dall'Unione sulle «norme di diritto derivato», come chiarito dalla Corte di giustizia, impone di interpretare queste ultime in maniera per quanto possibile conforme a detti accordi.

[12] cfr. D. Paliaga, *La discriminazione per disabilità: le principali questioni e le ultime novità dall'Europa,* in *LDE 3/25 del 27 ottobre 2025*, che ha evidenziato come alla luce della Convenzione del 2006 la stessa Corte di giustizia è passata da un modello biomedico o medico diagnostico incentrato sul solo deficit psichico o fisico dell'individuo, senza riguardo agli effetti della sua interazione con l'ambiente circostante a un modello bio-psicosociale e, da allora, definisce l'handicap di cui alla direttiva 2000/78 come la «limitazione della capacità, risultante, in particolare, da menomazioni fisiche, mentali o psichiche durature, che, in interazione con barriere di diversa natura, può ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori». Osserva che in tal modo «si è preso atto che il contesto reale (sia esso quello naturale, con i suoi adattamenti alle esigenze umane, o quello artificiale, appositamente creato in funzione delle stesse) è impostato per persone prive di disabilità e contiene ostacoli per chi ne sia invece portatore e che, dunque, la disabilità è in buona parte l'effetto di barriere non rimosse dall'ambiente naturale o realizzate costruendo quello artificiale, e si è passati da una concezione *della disabilità c.d. statica*, secondo cui essa riguarda soltanto la persona che ne è portatrice, essendo solo il frutto della sua menomazione, *ad una c.d. dinamica,* incentrata sul rapporto tra la persona e il suo ambiente di riferimento».

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

dall'imperativo tanto dell'applicazione uniforme del diritto comunitario, quanto del principio di uguaglianza, discende che i termini di una disposizione di diritto comunitario (che non contenga alcun espresso richiamo al diritto degli Stati membri per quanto riguarda la determinazione del suo senso e della sua portata) devono di norma essere oggetto nell'intera Comunità di *un'interpretazione autonoma e uniforme* da effettuarsi tenendo conto del contesto della disposizione e della finalità perseguita dalla normativa di cui trattasi[13] ed è pervenuta, così, ad aderire alla definizione fatta propria dalla Convenzione Onu.

Adottando, così, la nozione biopsicosociale di disabilità, la Corte ha, poi, apportato un proprio contributo nel porre il criterio per la distinzione tra la malattia che costituisca handicap rispetto a quella «comune», specificando che se una malattia, curabile o incurabile, comporta *una limitazione*, risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche, che*, in interazione con barriere di diversa natura,* può ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori[14] *e se tale limitazione è di lunga durata*, una siffatta *malattia* può ricadere nella nozione di «handicap»[15].

[13] CGUE sentenze Ekro del 18 gennaio 1984, causa 327/82, Commissione/Spagna del 9 marzo 2006, causa C-323/03; Chacón Navas dell'11 luglio 2006 C-13/05; sentenza Mo. Da del 1 dicembre 2016, causa C-395/15.

[14] CGUE 18 gennaio 2018, C-270/16, Ruiz Conejero e CGUE 9 marzo 2017, C-406/15, Milkova.

[15] Viceversa secondo la sentenza CGUE Nobel Plastiques C-397/18, 48 ss., non rientrano di per sé solo nella definizione di handicap i lavoratori definiti dalla stessa come «particolarmente sensibili ai rischi professionali», cioè coloro che «non sono assegnati ai posti di lavoro nei quali possono, per le loro stesse caratteristiche personali, per il loro stato di salute o per una disabilità fisica, psichica o sensoriale debitamente riconosciuta, porre se stessi, gli altri lavoratori o altre persone legate all'impresa in situazioni di pericolo».

Al par. 51 della sentenza, infatti, si specifica che «occorre rispondere alla prima questione posta dichiarando che la direttiva 2000/78 deve essere interpretata nel senso che lo stato di salute di un lavoratore riconosciuto *come particolarmente sensibile ai rischi professionali*, ai sensi del diritto nazionale, che non consente a tale lavoratore di occupare taluni posti di lavoro per il motivo che ciò comporterebbe un rischio per la sua stessa salute o per altre persone, rientra nella nozione di «*handicap*», ai sensi di tale direttiva, *solo* qualora tale stato comporti una limitazione della capacità, risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche durature, che, in interazione con barriere di diversa natura, può ostacolare la piena ed effettiva partecipazione dell'interessato alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

Si deve trattare, dunque, di compromissione «di lunga durata»[16].

Un primo aspetto problematico, perciò, già qui si presenta, non essendo sempre agevole comprendere se una limitazione possa definirsi *di lunga durata*.

Secondo la giurisprudenza europea, ad ogni modo, tra gli indizi che consentono di considerare «duratura» una siffatta limitazione, figura, in particolare, la circostanza che, all'epoca del fatto asseritamente discriminatorio, la menomazione dell'interessato *non presenti una prospettiva ben delimitata di superamento nel breve periodo o il fatto che la stessa possa protrarsi in modo rilevante prima della guarigione di tale persona*[17].

Viceversa, una patologia che non comporti tali caratteri non rientra nella nozione di «handicap» ai sensi della direttiva 2000/78, costituendo *una tipologia comune* non specificatamente tutelata dalla normativa europea[18].

Richiamando il diritto interno unitamente a tali concetti europei ai fini di un'efficace distinzione, a tal punto, si può allora osservare che la «malattia comune» ai sensi dell'art 2110 c.c. costituisce una alterazione che determina una *inesigibilità della prestazione totale* (mentre la disabilità può rendere solo parzialmente impossibile la prestazione) e che *non è di tipo duraturo*.

Viceversa, la circostanza che la persona interessata possa svolgere *la propria attività lavorativa solo in modo limitato* (impossibilità parziale) non configura un ostacolo a che lo stato di salute di tale persona rientri nella nozione di «handicap»[19].

Dopo aver, dunque, verificato come si ponga la nozione di disabilità all'interno dell'ordinamento europeo e internazionale, è possibile

Spetta al giudice nazionale verificare se, nel procedimento principale, tali condizioni siano soddisfatte».

[16] CGUE sentenza Chacón Navas dell'11 luglio 2006 (C-13/05).

[17] CGUE Nobel Plastiques C-397/18, 45 e sentenza del 1 dicembre 2016, Daoudi, C-395/15, EU:C:2016:917, punto 56; CGUE sentenze 11 aprile 2013, HK Dannark, C-335/11 e C-337/11, punti 38-42; 18 marzo 2014, Z., C-363/12, punto 76; 18 dicembre, 2014, FOA, C-354/13, punto 53; 1 dicembre 2016, Mo. Da. C-395/15, punti 41-42).

[18] CGUE, 11 aprile 2013, HK Danmark, C-335/11 e C-337/11, 41 e 42 e sentenza Chacón Navas, cit., punto 57.

[19] Si sono esaminate, finora, solo disabilità proprie dell'ambito lavoristico, ma occorre rilevare che anche altre tipologie di disabilità si pongono nell'area della Convenzione Onu.

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

ora appurare quale sia lo stato di recezione della medesima nel nostro diritto e se vi siano particolari differenze. Infatti, la Corte di giustizia ha tenuto a precisare che il fatto che un soggetto sia riconosciuto come persona disabile secondo il diritto nazionale, non comporta a priori che sia tale ai sensi della direttiva 2000/78, potendo non coincidere le due nozioni[20].

Per rispondere al quesito, è possibile iniziare a considerare come sia definita la disabilità nell'art. 3, comma 1, della l. n. 104/92: dopo le modifiche del d.lgs. n. 62 del 2024[21], è persona con disabilità chi presenta *durature* compromissioni fisiche, mentali, intellettive o sensoriali che, in interazione con barriere di diversa natura, possono ostacolare la piena ed effettiva partecipazione nei diversi contesti di vita su base di uguaglianza con gli altri, «accertate all'esito della valutazione di base»[22].

Si pone sul lavoratore che ne abbia interesse allegare e dimostrare di trovarsi nelle condizioni descritte[23].

Il carattere *grave* di tale connotazione è ancora stabilito dal comma terzo dell'art. 3 della l. n. 104/92, per cui, qualora la compromissione, 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*, il sostegno è «intensivo» e determina priorità nei programmi e negli interventi dei servizi pubblici.

Per il tenore di tale norma, di contenuto pressoché identico alle menzionate disposizioni europee, risulta, dunque, evidente l'influenza sul nostro ordinamento della Convenzione Onu del 13 dicembre 2006, della direttiva 2000/78 e della giurisprudenza della Corte di giustizia, potendosi rilevare, così, come ogni disposizione della normativa nazionale debba essere interpretata alla luce delle statuizioni europee.

[20] CGUE sent. del 18 gennaio 2018 in C-270/16 Conejero.

[21] Per il cui art. 2, è detta «"condizione di disabilità": una duratura compromissione fisica, mentale, intellettiva, del neurosviluppo o sensoriale che, in interazione con barriere di diversa natura, può ostacolare la piena ed effettiva partecipazione nei diversi contesti di vita su base di uguaglianza con gli altri».

[22] È definita dall'art. 2 del d.lgs. n. 62/24 come «valutazione di base» il procedimento volto ad accertare, attraverso l'utilizzo delle classificazioni ICD e ICF e dei correlati strumenti tecnici operativi di valutazione, la condizione di disabilità ai fini dell'accesso al sostegno, lieve o medio, o al sostegno intensivo, elevato o molto elevato;

[23] Cass., n. 27502 del 2019;

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

In dottrina[24], invero, è stato sottolineato come la regolamentazione introdotta con il d.lgs. n. 62/24 potrebbe restringere il concetto finora illustrato (anche ai fini degli accomodamenti ragionevoli) per l'esigenza dell'ordinamento italiano di un accertamento «all'esito della valutazione di base»[25].

Infatti, quest'ultimo costituisce la verifica medica realizzata dalle Commissioni mediche amministrative e si potrebbe temere, per tale locuzione, un ritorno alla concezione antecedente di disabilità di tipo medico burocratico.

Tuttavia, occorre rammentare come sia orientamento consolidato della Suprema Corte quello per cui «il fattore soggettivo dell'handicap non è ricavabile dal diritto interno, ma unicamente dal diritto dell'Unione Europea»[26], cosicché, con tale constatazione, si può ritenere che non vi sia distinzione tra la nozione europea e quella italiana, potendo un giudice accertare lo stato di disabilità anche nel corso del processo secondo i caratteri definiti dalla Corte di giustizia, quand'anche non risulti ancora accertato in sede amministrativa.

L'accertamento tramite «valutazione di base», *quale procedimento di carattere speciale,* resta, quindi, confinato alla richiesta delle sole prestazioni di cui all'art. 5, comma 1, del d.lgs. n. 62/24 e di cui alla l. n. 68/99.

Si può, cioè, ormai, ritenere che, al di fuori di questi procedimenti amministrativi, sia pienamente recepita nel nostro ordinamento una nozione *biopsicosociale* di disabilità, riferita non esclusivamente alla

[24] Cfr. O. Bonardi, *Accomodamenti ragionevoli e discriminazioni* in *Quaderni IEN n. 1/2024,* che osserva che «la norma sembra avere un ambito di applicazione decisamente ristretto rispetto a quanto desumibile sia dalla Convenzione Onu del 2006, sia dal diritto eurounitario». Ciò perché il comma 4 dell'art. 5, nel definire le modalità di effettuazione della valutazione di base della disabilità, dispone che «la tutela dell'accomodamento ragionevole», così come definito dal nuovo art. 5 *bis* della l. n. 104/92, consegue al riconoscimento della disabilità. Si pone così come prerequisito per l'accesso all'a.r. la *certificazione* della condizione di disabilità. Si tratterebbe, però, di una interpretazione totalmente in contrasto con la giurisprudenza della Corte di giustizia, che sin dalle prime decisioni ha chiarito l'applicabilità del diritto a prescindere dalla sussistenza della certificazione in questione e che, in ogni caso, i diritti agli a.r. sul lavoro sono direttamente collegati alla nozione di disabilità eurounitaria, e la loro restrizione sulla base dei requisiti di certificazione nazionale si risolverebbe in una violazione della dir. 2000/78».

[25] Cfr. per il procedimento della «valutazione di base» gli artt. 5 ss. del d.lgs. n. 62/24.

[26] Cfr. Cass., sent. 9 marzo 2021, n. 6497; Cass., sent. 19 marzo 2018, n. 6798; Cass., n. 13649 del 2019; Cass., n. 29289 del 2019).

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

capacità lavorativa, che non prevede *soglie minime di rilevanza* delle menomazioni riconosciute dalla pubblica amministrazione (come, invece, accade, ad esempio, nella l. n. 68/99[27]) e che dipende non da queste ultime isolatamente considerate, ma *dalla loro interazione con l'ambiente sociale circostante*, ossia dalle modalità con cui la società organizza l'accesso a diritti, beni e servizi[28].

Ulteriormente, per completare l'analisi del diritto interno, è da evidenziarsi anche che l'art. 4 del d.lgs. n. 62/24 ha modificato la *terminologia* da usarsi, nel senso che la parola «handicap», ovunque ricorra, è sostituita da «condizione di disabilità» e quelle «persona handicappata», «portatore di handicap», «persona affetta da disabilità», «disabile» e «diversamente abile», ovunque ricorrano, sono sostituite da «*persona* con disabilità», *con precisazione non solo nominalistica*, ma volta ad evidenziare la centralità del soggetto umano («la persona»), che non è definito nella sua essenza dalla propria patologia.

Dal lato europeo, si possono, poi, rammentare l'art. 19[29] del TFUE e gli artt. 21 e 26[30] della Carta dei diritti fondamentali e, ancora dal lato interno, il d.lgs. n. 20/24 istitutivo del Garante in materia di disabilità.

[27] Per l'esigenza di coordinamento di tale normativa con le novità di cui al d.lgs. n. 62/24, cfr. F. Lamberti, *L'inclusione lavorativa delle persone con disabilità al bivio dell'ineludibile armonizzazione tra il d.lgs. 62/2024 e la legge 68/1999* in *LDE*, 3/25.

[28] Cfr., in materia, G. Dossi, *Disabilità e lavoro: la Giurisprudenza alla prova delle recenti riforme* in *LDE*, 2/25.

[29] Dispone l'art. 19 TFUE che «1. Fatte salve le altre disposizioni dei trattati e nell'ambito delle competenze da essi conferite all'Unione, il Consiglio, deliberando all'unanimità secondo una procedura legislativa speciale e previa approvazione del Parlamento europeo, può prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale.

2. In deroga al paragrafo 1, il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, possono adottare i principi di base delle misure di incentivazione dell'Unione, ad esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri, destinate ad appoggiare le azioni degli Stati membri volte a contribuire alla realizzazione degli obiettivi di cui al paragrafo 1».

[30] Prevede l'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali che «1. È vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

3. *La nozione di accomodamento ragionevole nel suo collegamento all'obbligo di buona fede e correttezza e ai principi antidiscriminatori*

Una volta chiarita la nozione di disabilità, quanto alle *tutele specifiche* si può ricordare che, tra quelle introdotte dalla Convenzione Onu del 13 dicembre 2006, è certamente di primo piano il concetto di «accomodamento ragionevole», definito nell'art. 2 come «le modifiche e gli adattamenti necessari ed appropriati che non impongano un onere sproporzionato o eccessivo adottati, ove ve ne sia necessità in casi particolari, per garantire alle persone con disabilità il godimento e l'esercizio, su base di uguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali».

Con tali parole si delinea, infatti, un elemento fondamentale della tutela antidiscriminatoria in materia[31], in quanto si pone la *realizzazione*, *tramite provvedimenti concreti,* dello *scopo* di consentire il godimento su base di uguaglianza dei diritti umani e delle libertà fondamentali, nell'ambito di un *bilanciamento* che non imponga un onere sproporzionato ed eccessivo al soggetto accomodante, ossia al titolare dell'obbligazione.

Per meglio delineare i tratti di tale bilanciamento, la Suprema Corte è venuta a chiarire che l'aggettivo «ragionevole»[32], consente di ritenere che trovi rilievo nell'ambito dello stesso il parametro della buona fede e correttezza di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c.[33].

Infatti, il *criterio della ragionevolezza*, tradizionalmente utilizzato

2. Nell'ambito d'applicazione dei trattati e fatte salve disposizioni specifiche in essi contenute, è vietata qualsiasi discriminazione in base alla nazionalità».

Dispone, poi, l'art. 26 della stessa Carta che «l'Unione riconosce e rispetta il diritto dei disabili di beneficiare di misure intese a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità».

[31] Cfr., in materia, F. Limena, *Carattere discriminatorio del licenziamento dei lavoratori disabili per superamento del periodo di comporto tra handicap e disabilità alla luce della sentenza della Corte di Giustizia UE c 5/24 [Pauni] dell'11 settembre 2025* in *LDE 3/25.*

[32] Cass., sent. 6497/21.

[33] Per la clausola generale di buona fede si sono riscontrate due forme particolari: innanzitutto, l'obbligo del soggetto di agire conformemente al comportamento precedentemente tenuto, in ossequio al principio espresso nel noto broccardo non venire *contra factum proprium*; in secondo luogo, quello di comportarsi *iure*, ossia secondo una correttezza astrattamente determinata e determinabile sulla base della fattispecie concreta.

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

nei giudizi di legittimità costituzionale come controllo di razionalità della legge, penetra anche i rapporti contrattuali[34], quale forma di osservanza del canone di correttezza e buona fede, che presidia ogni obbligazione ai sensi degli artt. 1175 e 1375 c.c. e che risulta «immanente all'intero sistema giuridico», in quanto riconducibile al dovere di solidarietà fondato sull'art. 2 Cost.[35], esplicando la sua rilevanza nell'imporre a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, nella misura in cui ciò non comporti *un apprezzabile sacrificio a carico*[36].

All'esito di questo complessivo apprezzamento, potrà, allora, dirsi ragionevole ogni soluzione organizzativa praticabile che non ecceda i limiti di una *tollerabilità* considerata accettabile secondo «la comune valutazione sociale»[37].

Si può, tuttavia, anche affermare come la nozione di accomodamento ragionevole non sia semplicemente applicazione del parametro della correttezza e buona fede, ma derivi dalla combinazione dello stesso con i principi di protezione antidiscriminatoria, potendo il disabile grazie a ciò conseguire un *quid pluris* di tutela rispetto al soggetto ordinario.

Infatti, è possibile riflettere che il criterio di buona fede e correttezza costituisce un *parametro generale dell'intero ordinamento civile* e che, tuttavia, con il concetto di «accomodamento ragionevole», i legislatori comunitario e nazionale, ritenendo di dover intervenire nella specifica materia, hanno tenuto a sottolineare in particolare maniera,

[34] In particolare, le Sezioni unite civili (sent. n. 4570 del 1996) hanno già da tempo evidenziato che «la verifica di ragionevolezza è stata sempre imposta dalla giurisprudenza di questa Corte in tutti i casi in cui si debba stabilire una comparazione delle aspettative in materia di lavoro (concorsi, promozioni, licenziamenti collettivi ecc.)» ed «il tramite per un controllo di ragionevolezza sugli atti di autonomia individuale è rappresentato dalle clausole generali di correttezza e buona fede»] Esse «agiscono all'interno del rapporto e consentono al giudice di accertare che l'adempimento di un obbligo, contrattualmente assunto o legislativamente imposto, avvenga avendo come punto di riferimento i valori espressi nel rapporto medesimo e nella contrattazione collettiva» (successive conf.: Cass., n. 8296 del 2001; Cass., n. 7752 del 2003; Cass., n. 11429 del 2006; Cass., n. 14322 del 2016).

[35] cfr. Cass., S.U. n. 5457 del 2009; Cass., S.U. n. 15764 del 2011; v. pure Cass., S.U. n. 23726 del 2007; cfr. Cass., S.U. n. 18128 del 2005.

[36] Cass., S.U. n. 28056 del 2008; cfr. poi, tra le tante, Cass., n. 146015 del 2004; Cass., n. 20399 del 2004; Cass., n. 13345 del 2006; Cass., n. 15669 del 2007; Cass., n. 10182 del 2009; Cass., n. 17642 del 2012; Cass., n. 8494 del 2020.

[37] Cass., sent. 6497/21.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

nel bilanciamento in questione, la «posizione di rischio»[38], ossia di peculiare debolezza del disabile, che deve essere posta in rilievo nell'applicare tale canone generale.

In questo senso, perciò, la tutela del disabile, posta in particolare luce tramite il parametro del ragionevole adattamento, *supera quella che potrebbe conseguire un ordinario soggetto di diritto*[39] nell'applicazione del parametro della buona fede e correttezza[40], trattandosi di dover rimuovere una discriminazione.

Mutatis mutandis, si potrebbe affermare che la distinzione che vi è nell'applicazione del principio di buona fede per i soggetti ordinari rispetto ai disabili è conforme a quella che vi è tra la destinazione ai primi del principio di uguaglianza e ai secondi del principio di non discriminazione, con le maggiori tutele proprie dello stesso.

Si può osservare, cioè, che poiché la necessità di un adattamento ragionevole deriva dall'esigenza di evitare una discriminazione, è possibile, per individuare la soluzione pertinente per il disabile, ricorrere ai criteri propri del giudizio antidiscriminatorio, tenendo conto del fattore di rischio in esame.

4. *La nozione di accomodamento ragionevole quale clausola generale*

La Corte di Cassazione, inoltre, in una pronuncia nella quale ha, per l'appunto, collegato la tematica al criterio di buona fede, ha preliminarmente evidenziato come la nozione di accomodamento ragionevole presenti, però, dei caratteri di *indefinitezza*, essendo *di contenuto variabile*, quale categoria dogmatica estesa, nell'ambito della quale possono collocarsi *clausole generali*, norme elastiche, concetti

[38] Nel diritto antidiscriminatorio, le «posizioni di rischio» sono le categorie protette (genere, origine etnica/nazionalità, età, disabilità, religione/credo, orientamento sessuale) con la particolare tutela predisposta dalla legge in ragione della loro debolezza.

[39] e anche quella delle altre posizioni di rischio di discriminazione.

[40] cfr. D. Paliaga, *La discriminazione per disabilità: le principali questioni e le ultime novità dall'Europa*, in *LDE 3/25 del 27 ottobre 2025*, che ha evidenziato che tale particolare tutela dell'accomodamento ragionevole riguarda solo la fattispecie della disabilità e non le altre discriminazioni, giustificando tale differenza di trattamento per il fatto che, nell'ambito lavorativo, la condizione di disabilità è soggetta a maggiori possibilità di discriminazioni indirette rispetto alle altre posizioni di rischio tutelate dall'ordinamento.

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

giuridici indeterminati, finanche i principi e che ha come caratteristica strutturale proprio l'indeterminatezza: in questo senso, poi, ha conferito *all'interprete il compito* di individuare *lo specifico contenuto dell'obbligo*, guidato dalle circostanze del caso concreto. Interprete inteso, prima di tutto, come *operatore* che deve conformare la propria condotta al parametro normativo, al fine di renderla legittima e, poi, laddove eventualmente sorga contesa, come giudice che è chiamato a dirimerla[41].

Una simile vaghezza circa il contenuto dell'obbligazione potrebbe destare sorpresa e perplessità, poiché l'oggetto di un'obbligazione, nel nostro ordinamento, deve essere normalmente determinato o determinabile[42] e non essere l'esito di un bilanciamento operato dall'interprete.

Tuttavia, la questione pare trovare una soluzione poiché la suddetta giurisprudenza sembra suggerire la collocazione dogmatica dell'istituto nell'ambito delle *clausole generali*[43] *o delle norme elastiche*, giusti-

[41] Cass., sent. 9 marzo 2021, n. 6497.

[42] Dispone l'art. 1346 c.c. che «l'oggetto del contratto deve essere possibile, lecito, determinato o determinabile».

Interessante, in materia, Cass., sent. n. 2890 del 18/03/1991 che ha chiarito che «con riguardo ad una cosiddetta fidejussione "omnibus", a garanzia dello scoperto di conto corrente bancario di un imprenditore, il contratto intercorso tra la banca ed il fidejussore, il cui oggetto è determinabile "per relationem" sulla base del consueto modello di attività creditizia, è integrato "ex lege" (art. 1374 cod. civ.) dal canone normativo della buona fede contrattuale (art. 1375 cod. civ.), che vincola le parti anche "al di là" e "contro" la loro volontà. Pertanto, la richiesta della banca di essere garantita dal fidejussore, in relazione ad operazioni di credito che siano frutto di illecite iniziative di propri funzionari (nella specie, erano stati pagati assegni scoperti per un ammontare complessivo molto più elevato del fido, senza contabilizzazione sul conto), contrasta con detto canone, per cui ad essa può utilmente opporsi la "exceptio doli"».

[43] Non rientrando il concetto di *accomodamento ragionevole* solo nell'ambito del diritto del lavoro di cui all'art. 409 del codice di procedura civile e all'art. 63, comma 1, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, ma essendo riferito al complesso generale dell'ordinamento, non pare potersi far applicazione per il medesimo dell'articolo 30, comma 1, della l. n. 183/10 che dispone che «in tutti i casi nei quali le disposizioni di legge nelle materie di cui all'articolo 409 del codice di procedura civile e all'articolo 63, comma 1, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, contengano clausole generali, ivi comprese le norme in tema di instaurazione di un rapporto di lavoro, esercizio dei poteri datoriali, trasferimento di azienda e recesso, il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento del presupposto di legittimità e non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, or-

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

ficando in questo senso *l'indeterminatezza astratta* dell'obbligazione a priori.

Pare opportuno, a tal punto, allora, solo per inciso, rammentare che le «clausole generali», intese in senso proprio, *richiedono un'integrazione valutativa* che avviene attraverso una *delega* che la stessa formulazione della clausola generale accorda all'interprete.

Inoltre, si può ricordare come *non siano norme*, ma espressioni, sintagmi, frammenti in grado di caratterizzare le disposizioni che le contengano e, quindi, di denotarne in modo particolare la struttura.

Rappresentano, cioè, «valvole di apertura del sistema» verso la realtà sociale (adeguamento automatico) e la caratteristica strutturale della norma che le contiene è quella di essere incompleta[44] e di demandare all'interprete il proprio completamento tramite la rilevazione di dati esterni all'ordinamento, standard sociali o regole sociali di condotta.

Sicchè, le clausole generali impartiscono al giudice una direttiva per la ricerca della norma di decisione e costituiscono, perciò, una *tecnica di formazione giudiziale della regola* da applicare al caso concreto, senza un modello di decisione precostituito da una fattispecie normativa astratta.

In questo senso, *non hanno una propria autonoma fattispecie, essendo destinate a concretizzarsi nell'ambito di altre disposizioni*[45] *e* sono da tenere distinte dalle «norme generali» che sono, invece, previsioni complete[46].

ganizzative e produttive che competono al datore di lavoro o al committente. L'inosservanza delle disposizioni di cui al precedente periodo, in materia di limiti al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro, costituisce motivo di impugnazione per violazione di norme di diritto».

[44] L. Mengoni, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *RCDP, 1986*, 10 e ss.; cfr. M.T. Carinci, *Clausole generali, certificazione e limiti al sindacato del giudice,* in *WP C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona».IT - 114/2011.*

[45] cfr. L. Mengoni, *op. cit.*; P. Rescigno, *Le Clausole generali: dalle codificazioni moderne alla prassi giurisprudenziale*, in L. Cabella Pisu, L. Nanni (a cura di), *Clausole e principi Generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni 1990*, Cedam, Padova, 1998, 29 ss.

[46] Sono da tenere distinte dalle «norme generali» che sono norme complete costituite da una fattispecie e da un comando, ma nelle quali la fattispecie non descrive un singolo caso o un gruppo di casi, bensì una generalità di casi genericamente definiti mediante una «categoria riassuntiva». Certo anche la norma generale lascia al giudice «un certo margine di discrezionalità» e così ammette un certo spazio di oscillazione della decisione; ma si tratta di una discrezionalità di fatto, non di una discrezionalità integrativa o produttiva di norme.

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Ulteriormente, è necessario osservare che l'operazione interpretativa per la loro applicazione è sindacabile, sotto il profilo del metodo logico adottato, davanti alla Corte di Cassazione in quanto concorre alla formazione della norma giuridica: pongono cioè un problema di controllo dell'argomentazione giuridica[47].

Quanto al potere di bilanciamento proprio dell'interprete, è chiaro, poi, che resta pur sempre una certa incertezza nella soluzione ermeneutica da individuarsi per l'ampia discrezionalità concessa e così nella materia delle clausole generali si è ritenuto necessario ricorrere a un metodo di «*bilanciamento categoriale*».

Proprio in tal senso, autorevole dottrina ha, cioè, argomentato che «la decisione è giustificata quando sia traducibile *in termini dogmatici* che la rendano comprensibile come *deduzione da un concetto o da un principio sistematico*, garantendone la coerenza con la razionalità globale dell'ordinamento e quindi l'idoneità *a stabilizzarsi come modello di decisione* di altri casi aventi la medesima struttura tipica»[48].

Un altro orientamento ha ipotizzato che si deve far sì che l'attività interpretativa del giudice si connoti come un'integrazione maieutica ispirata *non alla propria personale sensibilità e esperienza*, bensì a dati ordinamentali ed aderenti a valori attendibili e verificabili della società[49].

Tornando, dunque, dopo tali osservazioni, al rimedio dell'accomodamento ragionevole, è possibile, a tal punto, comprendere il motivo per cui, trattandosi di una clausola generale, si presenti con il *carattere dell'indeterminatezza a priori*, richiedendo al giudice un bilanciamento da effettuarsi tenendo conto degli interessi delle parti nel caso concreto.

Ricordando, poi, come la materia richiami pure la tutela antidiscriminatoria, si può ancora evidenziare come possa costituire un rimedio sia a fronte di una discriminazione diretta, sia per una indiretta, potendosi qui nuovamente rammentare che la prima si pone quando una persona è trattata meno favorevolmente di un'altra in una situazione analoga a causa di una sua caratteristica (es. sesso, età, origine, disabi-

[47] R. Cosio, *Il controllo giudiziale sulle clausole generali in diritto del lavoro. Alcune osservazioni sul primo comma dell'art. 23 del disegno di legge n. 1167/2008*, in *Adapt n. 98/09.*

[48] così, L. Mengoni, *Interpretazione e nuova dogmatica*, in L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1996, 67.

[49] G. Pellacani, *Il cosiddetto «collegato lavoro» e la disciplina dei licenziamenti: un quadro in chiaroscuro* in *Riv. dir. lav.*, 2/2010.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

lità), mentre la seconda si verifica quando una norma, criterio o pratica apparentemente neutra svantaggia in modo particolare un gruppo di persone rispetto ad altri.

Un esempio di applicazione di tali principi è stata l'ordinanza cautelare del 16 giugno 2014 del T.A.R. Lazio nella causa RG n. 6937 del 2014, con la quale è stata accolta l'istanza del concorrente disabile di svolgimento del concorso di magistratura in tre giorni non consecutivi[50], con modifica del calendario delle prove originariamente predisposto.

A conferma di come l'accomodamento ragionevole si ponga in termini più estesi del normale principio di correttezza e buona fede *(quid pluris di tutela per il disabile*), si può riflettere come un soggetto ordinario, ovviamente, non avrebbe potuto ottenere una simile protezione che, invece, è stata accordata all'interessato al fine di evitare una discriminazione.

5. *L'accomodamento ragionevole nell'ambito lavoristico.*

È poi da evidenziare che, certamente, un campo di particolare attuazione di tale misura si rinviene nell'ambito lavoristico, come ben chiarisce l'art. 27 della Convenzione, alla lettera i), che richiede di *garantire accomodamenti ragionevoli nei luoghi di lavoro.*

Per comprendere ancor meglio la nozione di accomodamento ragionevole in tale area tematica, è opportuno, comunque, il richiamo ai concetti sviluppati dalla direttiva 2000/78, della quale poi costitui-

[50] Altro esempio può essere l'ordinanza di reclamo nella causa RG 22/06 del Tribunale di Milano, con la quale, sulla base del principio di buona fede e correttezza, è stato concesso un parcheggio a un disabile all'interno del cortile aziendale, pur non essendo rinvenibile un obbligo specifico nella normativa, così motivando: «il raffronto tra le condizioni di salute del dipendente e la situazione aziendale porta ad osservare come, essendo ampio il parcheggio e ridotta la sua utilizzazione in relazione alla sua capienza (se ne servirebbero 70/80 dipendenti per turno, contro i 135 spazi auto), non costituisca un sacrificio apprezzabile per l'azienda, al fine di meglio tutelare le condizioni di salute di S.G., eseguendo il contratto secondo la dovuta buona fede, quello di destinare per l'uso dello stesso (ed, eventualmente, di altri disabili con gravi e accertati problemi di deambulazione) un posto auto come "riservato agli invalidi" (anche collocandolo in un luogo che non sia il più vicino in assoluto alla porta di ingresso, ma ad una distanza ragionevole che sia la più prossima possibile alla stessa in relazione anche alle ulteriori esigenze organizzative aziendali».

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

scono attuazione il d.lgs. n. 216/03, l. n. 67/2006, fino a pervenire alle norme del d.lgs. n. 62/24.

In particolare, nella direttiva, all'art. 5, si afferma che, per soluzioni ragionevoli, si intende che il datore di lavoro (I) *prende i provvedimenti appropriati*, in funzione delle esigenze delle *situazioni concrete*, per consentire ai disabili di accedere ad un lavoro, di svolgerlo o di avere una promozione o perché possano ricevere una formazione, (II) *a meno che tali provvedimenti richiedano da parte del datore di lavoro un onere finanziario sproporzionato.*

Tale soluzione non è sproporzionata allorché l'onere è compensato in modo sufficiente da *misure esistenti nel quadro della politica dello Stato membro* a favore dei disabili.

Il riferimento testuale ai provvedimenti appropriati in funzione delle «esigenze delle situazioni concrete» pone la necessità di un adeguamento che sia considerato in relazione alla condizione effettiva *del singolo disabile* e *non in termini generali e astratti.*

Nel considerando 20 del preambolo della stessa direttiva, poi, si pongono alcuni esempi, nel senso che l'adattamento ragionevole si può realizzare *sistemando i locali o adattando le attrezzature, i ritmi di lavoro, la ripartizione dei compiti o fornendo mezzi di formazione o di inquadramento.*

Inoltre, *il considerando 21* viene a guidare le modalità di bilanciamento, specificando che, per determinare se le misure in questione danno luogo a oneri finanziari sproporzionati, è necessario tener conto in particolare (I) *dei costi finanziari o di altro tipo che esse comportano*, (II) delle *dimensioni* e delle risorse finanziarie dell'organizzazione o *dell'impresa* e (III) della possibilità di *ottenere fondi pubblici o altre sovvenzioni*.

È da notare la particolarità della considerazione *delle dimensioni e delle risorse del soggetto obbligato* per determinare il contenuto della obbligazione in parola, ma anche tale peculiarità trova spiegazione nell'inquadramento della fattispecie nell'ambito di una clausola generale, nella quale si tiene conto di tutti gli elementi di contesto di tipo concreto.

Poi, come ulteriore guida per l'indagine ermeneutica, si pone anche il *considerando* 17 che viene ad *escludere un ruolo assistenziale in capo all'imprenditore*, statuendo che non prescrive l'assunzione, la promozione o il mantenimento dell'occupazione o la formazione di un individuo non competente, non capace o non disponibile ad effettuare le funzioni essenziali del lavoro in questione.

Sicché, pur trattandosi di una clausola generale o di una norma ela-

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

stica, i «considerando» suddetti aiutano a comprendere la nozione, *ancora una volta in una valutazione di tipo concreto e non astratto*[51], di tipo relazionale, che prende in analisi non solo la situazione del singolo disabile, ma anche le dimensioni e le risorse finanziarie dell'organizzazione dell'accomodante e della possibilità di ottenere anche sostegni pubblici[52].

L'accomodamento ragionevole, dunque, può derivare dall'adozione di una combinazione, in un'ottica di proporzione e buona fede, di misure tecniche, organizzative e d'assistenza, variabile in termini di composizione e modulabile sul piano temporale (potendo essere oggetto pure di una articolazione nel tempo) e che potrebbe anche consistere, ad esempio, nel *lavoro agile* ai sensi dell'art. 18, comma 1, della l. 31 maggio 2017, n. 81[53].

6. *L'introduzione del concetto di accomodamento ragionevole nell'ordinamento italiano per l'intervento della Corte di giustizia*

Anche la Corte di Giustizia, dal canto proprio, nel 2013, in una pronuncia nei confronti dello Stato italiano, in conformità a tale ottica e all'art. 2, comma 4, della Convenzione dell'ONU, ha definito gli «accomodamenti ragionevoli» come «le modifiche e gli adattamenti necessari ed appropriati che non impongano un onere sproporzionato o eccessivo, adottati, ove ve ne sia necessità in casi particolari, per

[51] Cfr., ad es., Cass., ord. n. 24052 del 06/09/2024 che, in questo senso, ha chiarito che «in tema licenziamento per superamento del periodo di comporto, la contrattazione collettiva, per sottrarsi al rischio di trattamenti discriminatori a danno dei lavoratori con handicap, deve prendere in specifica considerazione la posizione di svantaggio del disabile, poiché non è sufficiente ad elidere detto rischio una disciplina negoziale che tiene conto solo del profilo oggettivo dell'astratta gravità o particolarità delle patologie senza valorizzare anche l'aspetto soggettivo della disabilità, in relazione al quale vanno adottati gli accorgimenti ragionevoli prescritti dalla direttiva 2000/78/CE e dall'art. 3, comma 3 *bis*, d.lgs. n. 216 del 2006». (Principio affermato in relazione al c.c.n.l. Associazione nazionale strutture territoriali 2017-2019, che prevede l'esclusione dal computo del comporto solo dei giorni di ricovero ospedaliero, dei day hospital, dei giorni di assenza per malattia dovuti a sclerosi multipla o connessi alla somministrazione di terapie salvavita, non anche dei giorni di assenza per malattie, anche non gravi, ma cagionate dalla disabilità).

[52] Cfr., sul tema, Cass., sent. 19 dicembre 2019, n. 34132.

[53] Cfr. L. Barbieri, *Accomodamenti ragionevoli e politiche d'inclusione organizzative* in *AGCV RISORSE SRL - Wolters Kluwer Italia s.r.l.;*

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

garantire alle persone con disabilità il godimento e l'esercizio, su base di uguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali»[54].

In tale decisione la Corte, dopo aver esaminato la legislazione italiana vigente in materia di protezione dei disabili (in specie, la l. n. 104/92, la l. n. 381/91, la l. n. 68/99 e il d.lgs. n. 81/08), ha sottolineato che, dal testo dell'art. 5 della direttiva 78/2000, letto in combinato disposto con i considerando 20 e 21, risulta che gli Stati membri devono *stabilire nella loro legislazione un obbligo per i datori di lavoro di adottare provvedimenti appropriati*.

In tal modo, la Corte è giunta ad accertare *l'inadempimento* dello Stato italiano *nel recepimento del concetto di accomodamento ragionevole* di cui all'art. 5 della direttiva e, per questo, il nostro legislatore è intervenuto, modificando il d.lgs. n. 216/03, introducendo il *comma 3 bis*, nell'art. 3[55], che acquisisce tale elemento per come definito dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, con una terminologia che appare costituire, in materia, *una legge di esecuzione* di tale atto internazionale che può intendersi, sotto tale aspetto, ormai pienamente penetrato nel nostro ordinamento.

Cosicché, la legislazione italiana *è stata, quindi, resa conforme* a quella europea e un ulteriore sviluppo vi è stato con l'art. 17 del d.lgs. n. 62/24 che, nella l. n. 104/92, ha introdotto l'art. 5 *bis* che precisa ancora il concetto e sviluppa *il procedimento utile per la sua attuazione nei confronti della pubblica amministrazione.*

[54] CGUE, 4 luglio 2013, C-312/11, *Commissione c. Italia*, punto 58. Da tale pronuncia, nonché nella precedente CGUE, 11 aprile 2013, HK Danmark, C-335/11 e C-337/11, si evince che tali provvedimenti possono essere realizzati, adattando le attrezzature, i ritmi di lavoro o con la ripartizione dei compiti in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, per consentire ai disabili di accedere ad un lavoro, di svolgerlo, di avere una promozione o di ricevere una formazione, senza imporre al datore di lavoro un onere sproporzionato.

[55] Il legislatore ha sanato l'inadempimento con il d.l. 28 giugno 2013, n. 76 (art. 9, comma 4 *ter*), che ha introdotto il citato comma 3 *bis* nell'art. 3, d.lgs. 216/03, per cui: «al fine di garantire il rispetto del principio della parità di trattamento delle persone con disabilità, i datori di lavoro pubblici e privati sono tenuti ad adottare accomodamenti ragionevoli, come definiti dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, ratificata ai sensi della l. 3 marzo 2009, n. 18, nei luoghi di lavoro, per garantire alle persone con disabilità la piena eguaglianza con gli altri lavoratori. I datori di lavoro pubblici devono provvedere all'attuazione del presente comma senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica e con le risorse umane, finanziarie e strumentali disponibili a legislazione vigente».

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

In particolare, in tale ultima novella, è stabilito che *l'accomodamento ragionevole è attivato in via sussidiaria* e non sostituisce né limita il diritto al pieno accesso alle prestazioni, ai servizi e ai sostegni riconosciuti dalla legislazione vigente ed è specificata la facoltà di formulare *una istanza scritta* per un adattamento, anche a livello di proposta, con diritto di partecipazione al procedimento ai sensi della l. n. 241/90.

La pubblica amministrazione nel provvedimento finale tiene conto delle esigenze della persona con disabilità anche *attraverso incontri personalizzati* e conclude il procedimento con un diniego motivato, ove non sia possibile accordare l'accomodamento ragionevole proposto.

Avverso il rifiuto, è ammesso il ricorso ai sensi degli artt. 3 e 4 della l. n. 67/06, con legittimazione, dunque, anche delle associazioni individuate con provvedimento ministeriale.

Resta salva, ai sensi dell'art. 5 del d.lgs. n. 20/24[56], anche la facoltà dell'istante e delle associazioni di chiedere all'Autorità Garante di verificare *la discriminazione per rifiuto di accomodamento ragionevole da parte della pubblica amministrazione*.

Sicché, è possibile osservare, al termine di questa parte della analisi, come il concetto di accomodamento ragionevole di cui alla Convenzione Onu del 2006 e di cui alla direttiva sia ormai pienamente recepito nel nostro ordinamento, senza alcuna differenza interpretativa tra la normativa interna e quella europea.

7. *La concreta attuazione di un accomodamento ragionevole nell'esecuzione del rapporto di lavoro: criteri di giudizio ed esempi nella giurisprudenza e nella legislazione*

Poco prima di tale pronuncia dell'11 luglio 2013 nei confronti dello Stato italiano, la Corte di giustizia è intervenuta, con riguardo alla normativa danese[57] in ordine alla compatibilità dell'ambiente lavorativo con le funzionalità del disabile e ha rilevato che l'art. 5 della direttiva 78/2000 deve essere interpretato nel senso che *la riduzione dell'orario di lavoro può costituire uno dei provvedimenti di adattamento*, competendo al giudice nazionale valutare se tale opzione rappresenti un onere sproporzionato per il datore di lavoro.

[56] Che ha introdotto il Garante in materia.

[57] CGUE, 11 aprile 2013, HK Danmark, C-335/11 e C-337/11, 64.

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Come anticipato, infatti, uno dei campi maggiormente esemplificativi dell'attuazione di un accomodamento ragionevole è certamente *quello dell'esecuzione corretta di un rapporto di lavoro,* laddove in caso di disabilità occorre effettuare il corretto *bilanciamento* tra la situazione concreta del portatore della stessa e quella dell'impresa, secondo i principi finora esposti.

Nel rinvenire un criterio di giudizio, si tratta, cioè, innanzitutto, di verificare l'esigenza «concreta» del soggetto da tutelarsi, in quanto il fatto che la disabilità *si presenti diversamente per ogni individuo in relazione all'aspetto fisico e/o psichico coinvolto e al contesto in cui se ne valutano gli effetti,* ne impone uno specifico accertamento individuale[58]. In tale considerazione, sarà ovviamente molto importante l'apporto del medico competente che conosce la specifica situazione di ciascun lavoratore ed ha le conoscenze scientifiche necessarie per valutare, oltre che, poi, il coinvolgimento del diretto interessato.

Un esempio di applicazione di tali principi, di recente, si è avuto con una pronuncia della Corte d'appello di Milano[59]: si tratta di un caso in cui una dipendente, in ragione delle condizioni di disabilità in cui si è venuta a trovare, *ha chiesto di essere assegnata ad una unità di lavoro più vicina al proprio domicilio*, non essendo più in grado di effettuare percorsi significativi (120 Km) per portarsi sul posto di lavoro. Secondo la convenuta, viceversa, l'adibizione della stessa presso la sede richiesta avrebbe determinato importanti modifiche organizzative per la struttura aziendale, posto che sarebbe stato necessario, in ragione dei suoi limiti, *affiancarle altri dipendenti* per supportarla, con conseguente calo del ritmo produttivo.

Dopo la decisione negativa di primo grado, l'interessata si è vista riconoscere il diritto dalla Corte d'appello, *che ha disposto che il datore di lavoro la assegnasse presso la sede più vicina alla propria residenza*, richiamando l'art. 2 della Convenzione Onu. Nella pronuncia è sostenuto che il datore di lavoro avrebbe dovuto provare di aver compiuto *uno sforzo diligente ed esigibile* per trovare una soluzione organizzativa efficace, mentre si era limitato a dedurre delle circostanze generiche, quali l'influenza negativa sul ritmo produttivo, senza spiegare le ragioni per cui la modifica organizzativa avrebbe compor-

[58] cfr. D. Paliaga, *La discriminazione per disabilità: le principali questioni e le ultime novità dall'Europa,* in *LDE*, 3/25 del 27 ottobre 2025.

[59] Corte d'Appello di Milano, sez. lav., 17 settembre 2025, n. 688.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

tato un onere «sproporzionato o eccessivo», secondo quanto previsto anche dall'art. 3, comma 3 *bis* del d.lgs. n. 216/13.

Peraltro, dalle prove testimoniali, era risultato che la stessa, precedentemente, aveva lavorato temporaneamente *presso la sede indicata svolgendo mansioni compatibili con le proprie limitazioni* e, per questo, la Corte ha concluso che, per la mancata assegnazione presso tale unità, in violazione dell'obbligo di un accomodamento ragionevole, si era realizzata una *discriminazione per disabilità.*

Altri casi di accomodamenti ragionevoli si sono posti nella giurisprudenza della Corte di Cassazione, ad esempio prevedendo la possibilità di un saldatore di essere adibito *a mansioni diverse di spolveramento dei macchinari* o a quelle invariate, ma con *mutamento di reparto*, non costituendo, nel caso concreto analizzato, un onere sproporzionato per l'impresa[60].

Con riferimento alle pronunce della Suprema Corte, è certamente di interesse notare, poi, che la giurisprudenza più remota, anteriore alla modifica dell'art. 3 del d.lgs. n. 216/03 con l'introduzione del comma 3 *bis*, pone in rilievo come l'imprenditore non sia, comunque, obbligato a «riorganizzare i mezzi di produzione», potendosi limitare a ricercare all'interno dell'azienda *mansioni compatibili* con le condizioni sanitarie del lavoratore (*repechage*)[61].

In questo senso, ancora in giurisprudenza, è stato stabilito che *non sussiste l'onere datoriale di adottare nuove tecnologie, non in dotazione dell'azienda*, in grado di eliminare gravosi sforzi fisici nell'esecuzione della prestazione[62].

La giurisprudenza più recente, invece, espone che, qualora ricorrano i presupposti di applicabilità dell'art. 3, comma 3 *bis*, del d.lgs. n. 216 del 2003, il datore di lavoro è tenuto «a "ogni" possibile ragionevole accomodamento organizzativo» che, senza comportare oneri finanziari sproporzionati, sia idoneo a contemperare, in nome dei principi di solidarietà sociale, buona fede e correttezza, l'interesse del disabile «al mantenimento di un lavoro confacente alla sua condizione psico-fisica con quello del datore a garantirsi una prestazione lavorativa utile all'impresa», anche attraverso una valutazione comparativa con le posizioni degli altri lavoratori, fermo il limite invalicabile del

[60] Cfr. Cass., sent. n. 6798 del 2018.

[61] Cass., sent. n. 24091 del 13/11/2009; sentenza n. 27845 del 30/12/2009; sent. n. 13960 del 26/09/2002. Nemmeno, poi, si può richiedere l'assegnazione di un lavoratore già in servizio a mansioni superiori, che egli non sia capace di espletare.

[62] Cass., sent. n. 10339 del 05/08/2000.

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

pregiudizio alle situazioni soggettive di questi ultimi aventi la consistenza di diritti soggettivi[63]. Infatti, la soddisfazione del diritto del lavoratore disabile può determinare «sacrifici anche per gli altri dipendenti» (ad es., se richieda una riorganizzazione che coinvolga il ruolo di altri) e quindi nel bilanciamento debbono essere considerati anche gli oneri imposti ai controinteressati.

Resta, poi, quale limite agli oneri del datore di lavoro il considerando 17 della direttiva 78/00 che esclude per questi un ruolo assistenziale, rimanendo sempre e comunque un soggetto privato.

Si tratta, dunque, in ogni caso, di *una valutazione di tipo concreto, di tipo dinamico e relazionale*, da porsi, di volta in volta, secondo i suddetti principi, nei limiti del criterio di proporzione e di non eccessiva onerosità.

Ad ogni modo, un ulteriore esempio di accomodamento ragionevole si rinviene *a livello legislativo* nell'art. 10, commi 2 e 3, della l. n. 68/99 per cui il datore di lavoro non può chiedere al disabile *una prestazione non compatibile con le sue minorazioni* e per cui, nel caso di aggravamento delle condizioni di salute o di significative variazioni dell'organizzazione del lavoro, il disabile *può chiedere che venga accertata la compatibilità delle mansioni a questi affidate con il proprio stato di salute*[64].

[63] Cass., sent. n. 6497 del 09/03/2021; Cass., sent. n. 6798 del 2018.

[64] Dispone l'art. 10, commi 2 e 3 della l. n. 68/99 che «2. il datore di lavoro non può chiedere al disabile una prestazione non compatibile con le sue minorazioni.3. Nel caso di aggravamento delle condizioni di salute o di significative variazioni dell'organizzazione del lavoro, il disabile può chiedere che venga accertata la compatibilità delle mansioni a lui affidate con il proprio stato di salute. Nelle medesime ipotesi il datore di lavoro può chiedere che vengano accertate le condizioni di salute del disabile per verificare se, a causa delle sue minorazioni, possa continuare ad essere utilizzato presso l'azienda.

Qualora si riscontri una condizione di aggravamento che, sulla base dei criteri definiti dall'atto di indirizzo e coordinamento di cui all'articolo 1, comma 4, sia incompatibile con la prosecuzione dell'attività lavorativa, o tale incompatibilità sia accertata con riferimento alla variazione dell'organizzazione del lavoro, il disabile ha diritto alla sospensione non retribuita del rapporto di lavoro fino a che l'incompatibilità persista. Durante tale periodo il lavoratore può essere impiegato in tirocinio formativo. Gli accertamenti sono effettuati dalla commissione di cui all'articolo 4 della l. 5 febbraio 1992, n. 104, integrata a norma dell'atto di indirizzo e coordinamento di cui all'articolo 1, comma 4, della presente legge, che valuta sentito anche l'organismo di cui all'articolo 6, comma 3, del decreto legislativo 23 dicembre 1997, n. 469, come modificato dall'articolo 6 della presente legge. La richiesta di accertamento e il periodo

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

Inoltre, è pure possibile *la adibizione a mansioni inferiori* compatibili con lo stato di salute, ai sensi dell'art. 42 del d.lgs. n. 81/08[65].

A ciò si aggiungono *le facoltà di trasformazione in un rapporto a tempo parziale* di cui all'art. 8 del d.lgs. n. 81/15 previste per i soggetti affetti da patologie oncologiche e cronico-degenerative ingravescenti[66].

necessario per il suo compimento non costituiscono causa di sospensione del rapporto di lavoro. Il rapporto di lavoro può essere risolto nel caso in cui, anche attuando i possibili adattamenti dell'organizzazione del lavoro, la predetta commissione accerti la definitiva impossibilità di reinserire il disabile all'interno dell'azienda».

[65] Dispone l'art. 42 del d.lgs. n. 81/08 che «il datore di lavoro, anche in considerazione di quanto disposto dalla l. 12 marzo 1999, n. 68, in relazione ai giudizi di cui all'articolo 41, comma 6, attua le misure indicate dal medico competente e qualora le stesse prevedano un'inidoneità alla mansione specifica adibisce il lavoratore, ove possibile, a mansioni equivalenti o, in difetto, a mansioni inferiori garantendo il trattamento corrispondente alle mansioni di provenienza».

La giurisprudenza di legittimità ha, comunque, chiarito come si tratti di una speciale disciplina riferita agli assunti secondo tale normativa e collegata alla particolare protezione circa la disabilità. Cfr., in particolare, Cass., sent. RG 18094/24 al par. 3.4, per cui «la specialità della disciplina in esame rispetto alle ipotesi di recesso per giustificato motivo regolate dal diritto comune si concreta, in relazione all'interesse della persona con disabilità, in un insieme di modalità procedurali, con effetti anche di carattere sostanziale sulla disciplina del rapporto e della sua risoluzione; innanzitutto, l'accertamento della compatibilità delle mansioni affidate al disabile con il suo stato di salute è specificamente demandato alla speciale competenza della commissione di cui alla l. n. 104 del 1992, come appositamente integrata» e per cui «tale percorso vincolato dalla legge non può essere surrogato neanche dal giudizio di inidoneità alla mansione espresso dal medico competente nell'ambito della sorveglianza sanitaria esercitata a mente del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81; la conclusione è imposta dalla "speciale protezione accordata al disabile dalla disciplina interna e sovranazionale, finalizzata a ridurre i margini di apprezzamento discrezionale del datore di lavoro allorquando l'inidoneità alla mansione del lavoratore ponga la questione della eventuale risoluzione del rapporto di lavoro, affidando ad un soggetto qualificato con caratteri di terzietà un peculiare giudizio tecnico" (v., *amplius*, Cass., n. 10576 del 2017; v. pure Cass., n. 7524 del 2017)».

Cfr., in materia, anche G. Dossi, *Disabilità e lavoro: la Giurisprudenza alla prova delle recenti riforme,* in *LDE n. 2/25.*

[66] Dispone l'art. 8 del d.lgs. n. 81/15 che «1. Il rifiuto del lavoratore di trasformare il proprio rapporto di lavoro a tempo pieno in rapporto a tempo parziale, o viceversa, non costituisce giustificato motivo di licenziamento.

2. Su accordo delle parti risultante da atto scritto è ammessa la trasformazione del rapporto di lavoro a tempo pieno in rapporto a tempo parziale.

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Sicché, con tutti questi esempi e con i criteri finora esaminati, si può concludere come, per quanto riguarda la fase esecutiva del rapporto di lavoro, l'accomodamento ragionevole costituisca un accorgimento da realizzarsi a tutela del disabile, secondo una valutazione di bilanciamento dinamico e relazionale e di tipo concreto, che tenga conto della specifica situazione e condizione dell'interessato, dei costi delle misure necessarie, delle dimensioni dell'impresa, evitandosi ogni onere sproporzionato in carico al datore di lavoro, che permane un soggetto privato, non chiamato a svolgere un ruolo assistenziale.

3. I lavoratori del settore pubblico e del settore privato *affetti da patologie oncologiche nonché da gravi patologie cronico-degenerative ingravescenti, per i quali residui una ridotta capacità lavorativa*, eventualmente anche a causa degli effetti invalidanti di terapie salvavita, accertata da una commissione medica istituita presso l'azienda unità sanitaria locale territorialmente competente, hanno *diritto alla trasformazione del rapporto di lavoro a tempo pieno in lavoro a tempo parziale*. A richiesta del lavoratore il rapporto di lavoro a tempo parziale è trasformato nuovamente in rapporto di lavoro a tempo pieno.

4. In *caso di patologie oncologiche o gravi patologie cronico-degenerative ingravescenti* riguardanti il coniuge la parte di un'unione civile di cui all'articolo 1, comma 20, della legge 20 maggio 2016, n. 76 o il convivente di fatto ai sensi dell'articolo 1, comma 36, della medesima legge, i figli o i genitori del lavoratore o della lavoratrice, nonché nel caso in cui il lavoratore o la lavoratrice assista una persona convivente con totale e permanente inabilità lavorativa con connotazione di gravità ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, che abbia necessità di assistenza continua in quanto non in grado di compiere gli atti quotidiani della vita, *è riconosciuta la priorità nella trasformazione del contratto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale.*

5. In caso di richiesta del lavoratore o della lavoratrice, con figlio convivente di età non superiore a tredici anni o con figlio convivente portatore di handicap ai sensi dell'articolo 3 della legge n. 104 del 1992, è riconosciuta la *priorità* nella trasformazione del contratto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale.

5 *bis*. La lavoratrice o il lavoratore che richiede la trasformazione del contratto, ai sensi dei commi 4 e 5, non può essere sanzionato, demansionato, licenziato, trasferito o sottoposto ad altra misura organizzativa avente effetti negativi, diretti o indiretti, sulle condizioni di lavoro.

Qualunque misura adottata in violazione del precedente periodo è da considerarsi ritorsiva o discriminatoria e, pertanto, nulla.

5 *ter*. La violazione delle disposizioni di cui ai commi 3, 4, 5 e 5 *bis*, ove rilevata nei due anni antecedenti alla richiesta della certificazione della parità di genere di cui all'articolo 46 *bis* del decreto-legislativo 11 aprile 2006, n. 198, o di analoghe certificazioni previste dalle regioni e dalle province autonome nei rispettivi ordinamenti, impedisce al datore di lavoro il conseguimento delle stesse certificazioni» (…).

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

8. *La concreta attuazione di un accomodamento ragionevole per la legittimità del licenziamento del disabile. In particolare, il recesso nell'ipotesi di non idoneità allo svolgimento delle mansioni totale o parziale*

Con tali premesse, si può intendere che la necessità di realizzare un accomodamento ragionevole a favore del disabile viene a influire anche sulla *legittimità* della scelta del datore di lavoro di addivenire a un licenziamento nelle due diverse ipotesi di (I) *non idoneità allo svolgimento delle mansioni totale o parziale* ai sensi degli artt. 1463 e 1464 c.c. e (II) di *prolungate assenze* che determinano il superamento dell'ordinario periodo di comporto.

Si tratta di due differenti tipologie di problematiche che saranno affrontate, quindi, separatamente.

Iniziando dalla prima fattispecie, la Corte di giustizia, con la sentenza *Ca Na Negreta* del 18.01.2024[67], ha dichiarato che l'art. 5 della direttiva 2000/78, rubricato «soluzioni ragionevoli per i disabili», letto con riferimento agli artt. 21 e 26 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e degli artt. 2 e 27 Convenzione Onu sui diritti per le persone con disabilità (CRPD), deve essere interpretato nel senso che osta ad una normativa nazionale che consenta ad un datore di lavoro di far cessare il contratto di lavoro *per il fatto che il lavoratore si trovi in uno stato di inidoneità permanente a svolgere i compiti contrattualmente previsti*, *a causa del sopravvenire*, nel corso del rapporto di lavoro, di una *disabilità*, *senza che il datore di lavoro debba prima prevedere soluzioni ragionevoli al fine di consentire al lavoratore di conservare il posto di lavoro* o dimostrare che tali soluzioni costituirebbero un onere sproporzionato.

Nello stesso senso, sempre in materia di licenziamento per inidoneità fisica sopravvenuta del lavoratore derivante da una condizione di handicap, pure la Corte di Cassazione ha evidenziato che sussiste *l'obbligo della previa verifica*, a carico del datore di lavoro, della *possibilità di adattamenti organizzativi ragionevoli* nei luoghi di lavoro «ai fini della legittimità del recesso», secondo una interpretazione conforme agli obiettivi della direttiva 2000/78[68].

Tali accomodamenti debbono essere adottati «secondo il parametro della ragionevolezza» e, in particolare, occorre tenere conto

[67] Emessa nella causa C-631/22.

[68] Cass., n. 6798/2018 cit.; conf. Cass., n. 13649/2019.

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

«del limite costituito dall'inviolabilità *in peius* (art. 2103 c.c.) delle posizioni lavorative *degli altri prestatori* di lavoro», nonché evitare «*oneri organizzativi eccessivi* (da valutarsi in relazione alle peculiarità dell'azienda ed alle relative risorse finanziarie)»[69], stante l'esigenza del «mantenimento degli equilibri finanziari dell'impresa»[70].

Dunque, l'esigenza di una soluzione organizzativa che costituisca accomodamento ragionevole viene a essere propria non solo della fase di instaurazione[71] ed esecuzione del rapporto di lavoro, ma altresì per la legittimità della sua risoluzione.

Quanto al riparto dei carichi probatori, poiché il licenziamento del lavoratore per inidoneità fisica *ex* artt. 1463 e 1464 c.c. costituisce una forma di giustificato motivo oggettivo, ai sensi dell'art. 5 della l. n. 604/66, una volta dimostrata da parte del lavoratore la condizione di disabilità, *costituisce onere del datore di lavoro* il dimostrare che non vi fossero adattamenti ragionevoli possibili, se non eventualmente di costo sproporzionato ovvero che l'inadempimento a tale obbligazione sia dovuto a causa non imputabile[72].

Trattandosi di prova negativa, il datore di lavoro ha la possibilità di riportare fatti *di tipo indiziario o presuntivo*, idonei a persuadere il giudice della veridicità di quanto sostenuto.

[69] Cfr. Cass., n. 34132 del 2019 che ha rammentato che l'art. 2 della Convenzione di New York del 2006 considera quale accomodamento ragionevole «le modifiche e gli adattamenti necessari ed appropriati che non impongano un carico sproporzionato ed eccessivo» e ha cassato la sentenza impugnata onde consentire al giudice del rinvio «la valutazione della proporzionalità e della non eccessività delle misure di adattamento, sia rispetto all'organizzazione aziendale sia con riguardo agli altri lavoratori».

[70] Cass., n. 27243 del 2018; in conformità v. Cass., n. 6678 del 2019 e Cass., n. 18556 del 2019; Cass., n. 6497/21.

[71] Per la possibilità di assunzione del pubblico impiego dei disabili, cfr. G. Pensabene Lionti, *Profili di specialità della disciplina dell'accesso al pubblico impiego dei disabili tra principi costituzionali, vincoli internazionali e applicazione pratica*, in *LDE*, 3/25.

[72] Cfr. Cass., sent. 9 maggio 2025, n. 12270 che chiarisce che «emerge con chiarezza come, dal punto di vista del riparto degli oneri probatori, gravi sul datore di lavoro l'onere di provare di aver adempiuto all'obbligo di "accomodamento" ovvero che l'inadempimento sia dovuto a causa non imputabile; in tale situazione di riparto non è certo sufficiente per il datore semplicemente allegare e provare che non fossero presenti in azienda posti disponibili in cui ricollocare il lavoratore, come si trattasse di un ordinario repêchage, né spetta al lavoratore, o tanto meno al giudice, individuare in giudizio quali potessero essere le possibili modifiche organizzative appropriate e ragionevoli idonee a salvaguardare il posto di lavoro».

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

Ad ogni modo, è necessaria una *verifica in concreto* e non in astratto della soluzione ragionevole, avendo chiarito la Corte di Cassazione[73] che, in una ottica di bilanciamento tra l'interesse protetto del lavoratore disabile con la legittima finalità di politica occupazionale, la contrattazione collettiva, per sfuggire al rischio di trattamenti discriminatori, dovrebbe prendere *in specifica considerazione la posizione di svantaggio del disabile* e non è sufficiente una disciplina negoziale che valorizzi unicamente il profilo oggettivo della *astratta gravità della patologia*: deve, infatti, essere considerato l'aspetto soggettivo della disabilità in relazione alla quale adottare gli accomodamenti ragionevoli.

È da notare, peraltro, che alcune misure di bilanciamento tra le parti derivano già dal dato legislativo.

Tra queste, per gli avviati obbligatori al lavoro, si può ricordare ancora l'art. 10, comma 3, della l. n. 68/99[74] per cui il disabile *ha diritto alla sospensione non retribuita* del rapporto di lavoro fino a che l'incompatibilità persista e «il rapporto di lavoro può essere risolto nel caso in cui, anche attuando i possibili adattamenti dell'organizzazione del lavoro, la Commissione integrata di cui all'art. 4 della l. n. 104 del 1992 accerti la definitiva impossibilità di reinserire il medesimo all'interno dell'azienda».

La stessa l. n. 68/99, all'art. 4, comma 4, per «i lavoratori che divengono inabili allo svolgimento delle proprie mansioni in conseguenza di infortunio o malattia», stabilisce che «l'infortunio o la malattia non costituiscono giustificato motivo di licenziamento nel caso in cui essi

[73] Cass., sent. n. 14402/24.

[74] Dispone l'art. 10, comma 3, della l. 68/99 che «qualora si riscontri una condizione di aggravamento che, sulla base dei criteri definiti dall'atto di indirizzo e coordinamento di cui all'articolo 1, comma 4, sia incompatibile con la prosecuzione dell'attività lavorativa, o tale incompatibilità sia accertata con riferimento alla variazione dell'organizzazione del lavoro, il *disabile ha diritto alla sospensione non retribuita del rapporto di lavoro fino a che l'incompatibilità persista.* Durante tale periodo il lavoratore può essere impiegato in tirocinio formativo. Gli accertamenti sono effettuati dalla commissione di cui all'articolo 4 della legge 5 febbraio 1992, n. 104, integrata a norma dell'atto di indirizzo e coordinamento di cui all'articolo 1, comma 4, della presente legge, che valuta sentito anche l'organismo di cui all'articolo 6, comma 3, del decreto legislativo 23 dicembre 1997, n. 469, come modificato dall'articolo 6 della presente legge. La richiesta di accertamento e il periodo necessario per il suo compimento non costituiscono causa di sospensione del rapporto di lavoro. Il rapporto di lavoro può essere risolto nel caso in cui, anche attuando i possibili adattamenti dell'organizzazione del lavoro, la predetta commissione accerti la definitiva impossibilità di reinserire il disabile all'interno dell'azienda».

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

possano essere adibiti a mansioni equivalenti ovvero, in mancanza, a mansioni inferiori».

Sul fronte delle tutele, in caso di mancato adempimento all'obbligazione di accomodamento ragionevole o comunque di licenziamento illegittimo, i più recenti interventi legislativi hanno previsto disposizioni specifiche.

In particolare, il comma 7[75] dell'art. 18 SL[76] ha stabilito la reintegrazione nel posto di lavoro, con applicazione del quarto comma di tale norma, e il pagamento di un'indennità non superiore a 12 mensilità per il caso in cui si accerti «il difetto di giustificazione del licenziamento intimato, anche ai sensi degli articoli 4, comma 4, e 10, comma 3, della l. n. 68 del 1999, per motivo oggettivo consistente nell'inidoneità fisica o psichica del lavoratore».

L'art. 2, comma 4, del d.lgs. n. 23/15 ha riconosciuto, invece, la tutela reintegratoria piena, oltre che per il «licenziamento discriminatorio», anche per quello illegittimo «per difetto di giustificazione per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore», con analogo riferimento agli articoli della l. n. 68/99.

In più, la Suprema Corte ha chiarito che il licenziamento motivato dalla sopravvenuta inidoneità fisica del lavoratore allo svolgimento delle mansioni, *se intimato in violazione dell'obbligo di adottare* «accomodamenti ragionevoli» e, quindi, dei doveri imposti per rimuovere gli ostacoli che impediscono ad una persona con disabilità di lavorare in condizioni di parità con gli altri lavoratori, realizza una *discriminazione diretta* ed è pertanto nullo, con conseguente applicazione della tutela reintegratoria piena di cui all'art. 18, commi 1 e 2, SL[77].

Con la conseguenza che, a tal punto, la minor tutela stabilita dal combinato disposto dei commi 4 e 7 dell'art. 18 SL, laddove il giudice

[75] Stabilisce l'art. 18, comma 7, SL che «il giudice applica la medesima disciplina di cui al quarto comma del presente articolo nell'ipotesi in cui accerti il difetto di giustificazione del licenziamento intimato, anche ai sensi degli articoli 4, comma 4, e 10, comma 3, della legge 12 marzo 1999, n. 68, per motivo oggettivo consistente nell'inidoneità fisica o psichica del lavoratore, ovvero che il licenziamento è stato intimato in violazione dell'articolo 2110, secondo comma, del codice civile. Può altresì applicare la predetta disciplina nell'ipotesi in cui accerti la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo; nelle altre ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del predetto giustificato motivo, il giudice applica la disciplina di cui al quinto comma».

[76] Come modificato dalla l. 28 giugno 2012 n. 92.

[77] Cass., sent. n. 14307 del 22/05/2024.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

«accerti il difetto di giustificazione del licenziamento intimato, anche ai sensi degli articoli 4, comma 4, e 10, comma 3, della legge 12 marzo 1999, n. 68, per motivo oggettivo consistente nell'inidoneità fisica o psichica del lavoratore», viene confinata *ad ipotesi residuali*, che voci dottrinali ravvisano nei casi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo illegittimo, *in presenza di una inidoneità non riconducibile ad una condizione di disabilità,* perché, ad esempio, avente natura temporanea (e quindi non «duratura» secondo il diritto dell'Unione)[78].

Pertanto, si può concludere questa parte dell'analisi nel senso che *l'inadempimento rispetto alla richiesta di adattamento organizzativo* che sia ragionevole e proporzionata costituisce motivo di *nullità* del licenziamento con le suddette massime tutele di tipo reintegratorio.

9. *Il licenziamento per superamento del periodo di comporto*

Come anticipato, una differente problematica riguarda l'ipotesi del licenziamento per superamento del periodo di comporto ordinario *ex* art. 2110 c.c., per il quale l'imprenditore ha diritto di recedere dal rapporto di lavoro con il lavoratore malato *decorso il periodo di tempo stabilito dalla contrattazione collettiva*[79].

Tuttavia, in termini assai differenti si pone tale fattispecie con riguardo al lavoratore ordinario rispetto a quello disabile.

La Corte di giustizia ha, infatti, chiarito che la presa in considerazione *dei giorni di assenza collegati alla disabilità* nel calcolo dei giorni di assenza per malattia finisce per assimilare ingiustamente una patologia legata a una disabilità alla nozione generale di malattia[80].

[78] Cfr. ancora Cass., sent. n. 14307 del 22/05/2024.

[79] Prevede l'art. 2110 c.c. che «in caso di infortunio, di malattia, di gravidanza o di puerperio, se la legge [o le norme corporative] non stabiliscono forme equivalenti di previdenza o di assistenza, è dovuta al prestatore di lavoro la retribuzione o un'indennità nella misura e per il tempo determinati dalle leggi speciali [dalle norme corporative], dagli usi o secondo equità.

Nei casi indicati nel comma precedente, l'imprenditore ha diritto di recedere dal contratto a norma dell'articolo 2118, decorso il periodo stabilito dalla legge [dalle norme corporative], dagli usi o secondo equità.

Il periodo di assenza dal lavoro per una delle cause anzidette deve essere computato nell'anzianità di servizio».

[80] CGUE sent. del 18 gennaio 2018 in C- 270/16 Conejero.

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Infatti – come la stessa Corte ha dichiarato al punto 44[81] della sentenza *Chacón Navas*[82] e al punto 76 della pronuncia *HK Danmark* – non può essere concepito un accostamento puro e semplice della nozione di «handicap» a quella di «malattia»[83], poichè un lavoratore disabile è, in linea di principio, *maggiormente esposto al rischio di assenze rispetto a uno che non sia tale.*

Cioè, *rispetto a un lavoratore ordinario*, un disabile è soggetto al pericolo ulteriore di assenze dovute a una patologia collegata alla sua disabilità. È, quindi, sottoposto a un maggiore rischio di accumulare giorni di malattia e, quindi, di raggiungere i limiti del comporto.

Risulta, dunque, che una *norma* che non tenga conto di tale aspetto è idonea a svantaggiare i lavoratori disabili e, quindi, a comportare una disparità di trattamento *indirettamente* basata sulla disabilità ai sensi dell'art. 2, par. 2, lettera b), della direttiva 2000/78[84].

Sicché, si ricade in *un'ipotesi di discriminazione indiretta*, ai sensi dell'art. 2, par. 2, lettera b), i), della direttiva 2000/78 e per potersi configurare un'ipotesi lecita è necessario verificare se la disparità di trattamento tra i lavoratori disabili e comuni possa essere oggettivamente giustificata «da una finalità legittima, se i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e se essi non vadano oltre quanto necessario per raggiungere l'obiettivo perseguito dal legislatore».

Qualora, poi, nonostante la verifica su tale possibilità, il trattamento *non si riveli giustificato* e si giunga alla conclusione del permanere della discriminazione indiretta, per non cadere nell'illecito, *è necessario un ragionevole accomodamento*, occorrendo, ad esempio, che le assenze del lavoratore per disabilità *non siano considerate* nel comporto ordinario oppure un *allungamento del lasso temporale* stabilito dalla contrattazione collettiva[85].

Così, aderendo a tali principi, anche la Suprema Corte ha chiarito

[81] Così argomenta la Corte al punto 44: «nondimeno, utilizzando la nozione di "handicap" all'art. 1 della direttiva di cui trattasi, il legislatore ha deliberatamente scelto un termine diverso da quello di "malattia". È quindi esclusa un'assimilazione pura e semplice delle due nozioni», precisando nel punto successivo che, per essere considerata handicap, la malattia deve essere di lunga durata.

[82] Datata 11 luglio 2006 (C-13/05).

[83] Cfr., in tal senso, sentenza dell'11 aprile 2013, HK Danmark, C-335/11 e C-337/11, EU:C:2013:222, punto 76.

[84] Cfr., in tal senso, sentenza HK Danmark, cit., punto 76.

[85] Cass., sent. n. 14.402 del 2024; ord. n. 24052 del 06/09/2024. ord. 15 aprile 2025, n. 9897.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

che costituisce *discriminazione indiretta l'applicazione dell'ordinario periodo di comporto* al lavoratore disabile, perché la mancata considerazione dei rischi di maggiore morbilità dei lavoratori disabili, proprio in conseguenza della disabilità, trasmuta il criterio, apparentemente neutro, del computo del periodo di comporto in una prassi discriminatoria nei confronti del particolare gruppo sociale protetto in quanto in posizione di svantaggio[86].

A tali principi, verosimilmente, si adatterà in futuro la contrattazione collettiva[87] e quanto alla scelta circa *l'allungamento del periodo di comporto* oppure *l'esclusione dal conteggio dei giorni di assenza di quelli derivanti dalla disabilità*, pare preferibile questa ultima soluzione in quanto sempre collegata alla *situazione concreta* del lavoratore e potendo costituire, quindi, certamente, un accomodamento ragionevole lecito, anche se, poi, si pone il problema di quale sia *il limite temporale* entro il quale il datore di lavoro deve preservare sempre e comunque il posto per il disabile.

Potrebbe, infatti, accadere che il dipendente permanga assente *per lunghissimi periodi* in ragione della propria disabilità, in modo tale che si ecceda *la tollerabilità sociale* per un datore di lavoro che non svolge una funzione assistenziale ai sensi del Considerando 17 della direttiva. Per tal motivo, è stato rilevato come si dovrebbe intendere, quindi, come comunque indispensabile la previsione negli accordi collettivi, o tramite accordi sindacali specifici, di un *tetto* al numero di giorni di assenza per disabilità di cui non si debba tenere conto, oltre il quale sia comunque consentito il recesso[88].

Ad ogni modo, trattandosi di rinvenire una situazione per lo specifico caso del singolo disabile, una soluzione appare possa essere pure rappresentata *da una procedura negoziata*, eventualmente anche con la partecipazione dei sindacati, al fine di rinvenire l'accomodamento

[86] Cass., sent. n. 9095 del 31/03/2023.

[87] Cfr., in materia, G. Sigillò Massara, *Il licenziamento del lavoratore disabile per superamento del periodo di comporto*, in *LDE*, 3/25.

[88] cfr. anche D. Paliaga, *La discriminazione per disabilità: le principali questioni e le ultime novità dall'Europa*, in *LDE*, 3/25 del 27 ottobre 2025, che ha evidenziato che «la vastità delle ipotesi in cui è ravvisabile una disabilità ed un nesso tra essa e l'assenza, tuttavia, comporta il rischio di vanificare, di fatto, il limite imposto alla conservazione del posto di lavoro in funzione dell'interesse datoriale a porre fine ad un rapporto di lavoro divenuto non redditizio e ciò rende indispensabile la previsione di un tetto al numero di giorni di assenza per disabilità di cui non si deve tenere conto».

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

ragionevole più appropriato per l'interessato, con soluzione *ad hoc* per il caso concreto.

10. *La conoscibilità dello stato di disabilità quale antecedente logico necessario per l'accomodamento ragionevole nel licenziamento per superamento del periodo di comporto del disabile*

Un ulteriore aspetto di complicazione, inoltre, deriva dal fatto che il datore di lavoro *potrebbe non essere a conoscenza* della disabilità del dipendente[89], assente da parecchio tempo, per il difetto di consapevolezza della precisa patologia da cui risulti affetto.

È noto, infatti, che normalmente, ai sensi dell'art. 5 SL, i certificati medici sono trasmessi al datore di lavoro, senza visibilità circa il preciso stato patologico del dipendente.

Ci si può allora domandare come potrebbe un datore di lavoro essere tenuto all'obbligo di un adattamento ragionevole, senza conoscere la condizione di disabilità del prestatore.

Da un lato, vi è la tesi per la quale, trattandosi di tutela contro la discriminazione, *non rileverebbe l'elemento soggettivo, ma solo quello oggettivo*[90].

Dall'altro, tuttavia, la giurisprudenza della Suprema Corte è venuta a riflettere che la conoscenza o almeno la *conoscibilità* dello stato di disabilità costituisce *antecedente logico necessario* per potersi valutare un'ipotesi di discriminazione indiretta nei suoi effetti[91].

[89] In proposito, d'altronde, si può rammentare che l'art. 5 SL dispone che «sono vietati accertamenti da parte del datore di lavoro sulla idoneità e sulla infermità per malattia o infortunio del lavoratore dipendente.

Il controllo delle assenze per infermità può essere effettuato soltanto attraverso i servizi ispettivi degli istituti previdenziali competenti, i quali sono tenuti a compierlo quando il datore di lavoro lo richieda.

Il datore di lavoro ha facoltà di far controllare la idoneità fisica del lavoratore da parte di enti pubblici ed istituti specializzati di diritto pubblico».

[90] Trib. Verona, sent. n. 1089/2020 del 21/3/2021, citata da S. Cupellini in *Lavoratore disabile: applicazione del periodo di comporto*, in *diritto.it* del 15.09.2023.

[91] Cass., sent. n. 14.402 del 2024. Cfr., anche Cass., ord. 15 aprile 2025, n. 9897 che espone: «ciò che viene in rilievo è, pertanto, *l'effetto discriminatorio e non la condotta*, come invece avviene per la discriminazione diretta *e, quindi, esula ogni problematica sul requisito della colpevolezza* quale elemento costitutivo della responsabilità da comportamento discriminatorio. Senza dubbio *non è decisivo l'intento discrimi-*

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

Anche la Corte di giustizia, d'altronde, nella recente sentenza Pauni dell'11 settembre 2025, nella valutazione di un licenziamento per superamento del periodo di comporto, ha dato *per presupposto* che il lavoratore «abbia preso l'iniziativa di informare il suo datore di lavoro dell'esistenza della sua disabilità»[92].

Rileva, dunque, che il datore di lavoro si sia trovato almeno in una condizione di *conoscibilità* della disabilità e, con riguardo a tale aspetto, può, ad esempio, accadere che il fattore di protezione, pur non risultando espressamente portato a conoscenza del datore di lavoro, «avrebbe potuto essere ritenuto reale secondo un comportamento di questi improntato a diligenza».

Una imputabile mancata conoscenza può, ad esempio, verificarsi quando l'imprenditore *non abbia effettuato correttamente la sorveglianza sanitaria ex* art. 41 del d.lgs. n. 81/2008 ovvero perché la particolare sequenza delle assenze, le *certificazioni* mediche e/o la documentazione, comunque trasmesse dal prestatore, erano *sintomatiche* di un particolare stato di salute.

Qualora, invece, quest'ultimo non si trovi in una condizione almeno di *conoscibilità* secondo l'ordinaria diligenza propria della professione, si verifica per questi una situazione esimente.

In caso di dubbio sulla situazione di disabilità, poi, per il datore di lavoro sorge, prima di adottare un provvedimento di licenziamento per superamento del periodo di comporto, *un onere di acquisire informazioni* – cui non può corrispondere un comportamento ostruzionistico del lavoratore – circa l'eventualità che le assenze siano connesse ad uno stato di handicap e per valutare, quindi, gli elementi utili al fine di individuare eventuali accorgimenti ragionevoli, onde evitare il recesso dal rapporto[93].

Dunque, potendosi ancora una volta richiamare i rispettivi doveri nell'ambito di un rapporto di buona fede, oltre che le esigenze di non

natorio, operando la discriminazione obiettivamente in ragione del mero rilievo del trattamento deteriore riservato al lavoratore, quale effetto della sua appartenenza alla categoria dei disabili. 4.7. Tuttavia, *ai fini della sua integrazione, si richiede che il giudice valuti pure l'aspetto soggettivo* dovendo essere garantita al datore la *conoscibilità* dello stato di disabilità, anche al fine dell'addebito di non aver "adottato" gli accomodamenti ragionevoli, necessari per rimuovere la discriminazione denunciata, sotto il profilo della identità del periodo di comporto stabilito per un soggetto disabile in quanto tale in condizione oggettiva di maggior rischio di assentarsi per malattia».

[92] Cfr. CGUE sentenza Pauni del 11 settembre 2025 nella causa C 5/24, par. 60.

[93] Cfr. Cass., n. 11731 del 2024, par. 7.2.

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

discriminazione, si può affermare che il datore di lavoro *deve recuperare quelle notizie che possano consentirgli di valutare se si tratti di un caso di disabilità* ai sensi della normativa europea e se sia possibile adottare un accomodamento ragionevole, mentre spetta al lavoratore *l'onere di collaborare,* consentendo una trasparenza circa la propria condizione, al fine del suddetto esame.

L'onere di acquisire informazioni per il datore di lavoro e la necessità di cooperazione del lavoratore (ossia la piena legittimità di un dialogo in materia tra le parti), poi, trovano conforto nell'art. 2 della Convenzione ONU, secondo cui *è una forma di discriminazione* «il rifiuto di accomodamento ragionevole», potendosi riflettere che si può negare solo ciò che risulti oggetto di una richiesta[94], di una istanza[95].

L'interlocuzione corretta ed il confronto tra le parti, eventualmente anche tramite l'ausilio sindacale[96], si pongono, perciò, su di un piano logico, quale ulteriore presupposto per adottare gli accomodamenti ragionevoli, rappresentando, pertanto, una fase ineludibile della fattispecie complessa del licenziamento del disabile per superamento del periodo di comporto «al fine di non sconfinare in forme di responsabilità oggettiva».

Dunque, si ipotizza un'interlocuzione e un procedimento di confronto e, proprio nello stesso senso, la Corte di Cassazione, con una recente pronuncia[97], ha chiarito che la richiesta di soluzioni ragionevoli da parte della persona con disabilità, ai sensi dell'art. 3, comma 3 *bis*, del d.lgs. n. 216/03, comporta pure *il diritto della stessa a partecipare al procedimento* di individuazione di detti accomodamenti, con la conferma di come si possa ritenere adeguata e opportuna *una procedura negoziata tra le parti* in un dialogo tra loro anche per la individuazione del corretto adeguamento.

[94] Cass., sent. n. 14.402 del 2024, par. 28.

[95] Del pari, significativo è che l'art. 17 del d.lgs. n. 62/24, nell'introdurre l'art. 5 *bis* alla l. n. 104/92, stabilisce che «la persona con disabilità […] ha facoltà di *richiedere*, con apposita istanza scritta, tra gli altri, ai soggetti privati l'adozione di un accomodamento ragionevole, anche formulando una proposta» e partecipando «al procedimento dell'individuazione dell'accomodamento ragionevole».

[96] Cfr. S. Cupellini *Lavoratore disabile: applicazione del periodo di comporto,* in *diritto.it* del 2023-09-15.

[97] Cass., sent. n. 605 del 10/01/2025: nella specie, la S.C. ha confermato la decisione di merito che, accertato l'utilizzo dello svolgimento dell'attività lavorativa in regime di «smart working» durante la pandemia da Covid-19 e in accoglimento della domanda del lavoratore, aveva condannato il datore a consentire l'esecuzione della prestazione con detta modalità.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

Poi, l'eventuale rifiuto dell'imprenditore di disporne l'adozione costituisce discriminazione vietata e consente di ricorrere al giudice per l'individuazione delle misure necessarie alla soluzione del caso concreto.

In più, qualora il datore di lavoro non adotti le corrette soluzioni ragionevoli, il licenziamento viene dichiarato *nullo in quanto discriminatorio* ai sensi dell'art. 3 della l. n. 108/90[98], con le conseguenze di cui all'art. 18, comma 1 SL.

Ciò differentemente da quanto accade nell'ipotesi di nullità derivante da semplice violazione del termine di comporto *per i lavoratori ordinari*, avendo chiarito la Suprema Corte[99] per questi ultimi che «il licenziamento intimato in violazione dell'art. 2110, comma 2, c.c., è nullo e le sue conseguenze sono disciplinate, secondo un regime sanzionatorio speciale, dal comma 7, *che a sua volta rinvia al comma 4, del medesimo art. 18*, quale che sia il numero dei dipendenti occupati dal datore di lavoro».

Infatti, la Corte di Cassazione è venuta ad argomentare la legittimità della scelta del legislatore di collocare questa particolare ipotesi di nullità per violazione dell'art. 2110, comma 2, c.c., nel comma 7 dell'art. 18 SL, con le conseguenze meno gravi del comma 4, anziché in quelle del comma 1[100], in cui sono poste le più generali ipotesi di nullità (tra le quali quella del recesso per ragioni di discriminazione di un disabile).

[98] Dispone l'art. 3 della l. n. 108/90 che «il licenziamento determinato da ragioni discriminatorie ai sensi dell'articolo 4 della legge 15 luglio 1966, n. 604, e dell'articolo 15 della legge 20 maggio 1970, n. 300, come modificato dall'articolo 13 della legge 9 dicembre 1977, n. 903, è nullo indipendentemente dalla motivazione addotta e comporta, quale che sia il numero dei dipendenti occupati dal datore di lavoro, le conseguenze previste dall'articolo 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, come modificato dalla presente legge. Tali disposizioni si applicano anche ai dirigenti».

Prevede, poi, l'art. 15 SL che «è nullo qualsiasi patto od atto diretto a:

a) subordinare l'occupazione di un lavoratore alla condizione che aderisca o non aderisca ad una associazione sindacale ovvero cessi di farne parte;

b) licenziare un lavoratore, discriminarlo nella assegnazione di qualifiche o mansioni, nei trasferimenti, nei provvedimenti disciplinari, o recargli altrimenti pregiudizio a causa della sua affiliazione o attività sindacale ovvero della sua partecipazione ad uno sciopero.

Le disposizioni di cui al comma precedente si applicano altresì ai patti o atti diretti a fini di discriminazione politica, religiosa, razziale, di lingua o di sesso, di handicap, di età, di nazionalità o basata sull'orientamento sessuale o sulle convinzioni personali».

[99] Cass., sent. n. 27334 del 16/09/2022; Cass., S.U. sent. n. 12568/18.

[100] Dispone l'art. 18, comma 1, SL che «il giudice, con la sentenza con la quale

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

11. *Le ultime pronunce della Corte di giustizia e della Corte costituzionale in materia*

Di sicuro interesse ancora rispetto alla tematica da ultimo trattata, sono, poi, le ultime pronunce della Corte di giustizia[101] nella materia della disabilità.

1) La prima deriva dall'ordinanza del tribunale di Ravenna del 4 gennaio 2024, con la quale la Corte è stata investita delle seguenti questioni pregiudiziali, per un caso in cui il CCNL per i dipendenti da aziende del settore Turismo Confcommercio prevedeva *un termine di comporto ordinario* di 180 giorni retribuiti, oltre un ulteriore *facoltativo* di sospensione del lavoro non retribuita di 120 giorni:

> 1) Se la direttiva 2000/78 sia di ostacolo ad una normativa nazionale che, prevedendo il diritto alla conservazione del posto di lavoro in caso di malattia per 180 giorni retribuiti, nel periodo dal[1° gennaio] al 31 [dicembre] di ciascun anno, oltre ad ulteriori 120 giorni di aspettativa non retribuita (fruibili questi [una] sola volta) su richiesta del lavoratore, non preveda una disciplina differente tra lavoratori qualificabili come disabili e lavoratori che non lo sono;

dichiara la nullità del licenziamento *perché discriminatorio ai sensi dell'articolo 3 della legge 11 maggio 1990, n. 108*, ovvero intimato in concomitanza col matrimonio ai sensi dell'articolo 35 del codice delle pari opportunità tra uomo e donna, di cui al decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198, o in violazione dei divieti di licenziamento di cui all'articolo 54, commi 1, 6, 7 e 9, del testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, di cui al decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, e successive modificazioni, ovvero perché riconducibile ad altri casi di nullità previsti dalla legge o determinato da un motivo illecito determinante ai sensi dell'articolo 1345 del codice civile, ordina al datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, indipendentemente dal motivo formalmente addotto e quale che sia il numero dei dipendenti occupati dal datore di lavoro. La presente disposizione si applica anche ai dirigenti. A seguito dell'ordine di reintegrazione, il rapporto di lavoro si intende risolto quando il lavoratore non abbia ripreso servizio entro trenta giorni dall'invito del datore di lavoro, salvo il caso in cui abbia richiesto l'indennità di cui al terzo comma del presente articolo».

[101] Si è in attesa anche della risposta della Corte di giustizia rispetto alla *questione* della mobilità dei docenti disabili e della potenziale discriminazione indiretta dovuta alla priorità della mobilità *endoprovinciale* rispetto a quella *interprovinciale*, sollevata dalla Corte di Cassazione con ord. n. 24.336 del 2024, chiedendo se tale criterio, che riduce i posti disponibili per i docenti con diritto di precedenza (art. 21, l. 104/92), costituisca una discriminazione indiretta.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

2) laddove la normativa nazionale [di cui trattasi nel procedimento principale] dovesse essere considerata astrattamente integrante una discriminazione indiretta, se la normativa stessa sia comunque oggettivamente giustificata da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari;
3) se un accomodamento ragionevole idoneo e sufficiente ad evitare la discriminazione possa essere rappresentato dalla previsione di un'aspettativa non retribuita, a richiesta del lavoratore, successiva allo scadere dei 120 giorni di malattia ed idonea ad impedire il licenziamento sino alla sua scadenza;
4) se possa ritenersi ragionevole un accomodamento consistente nel dovere del datore di lavoro di concedere – alla scadenza del periodo di 180 giorni di malattia retribuita – un ulteriore periodo retribuito integralmente a suo carico, senza ottenere una controprestazione lavorativa;
5) se, al fine di valutare il comportamento discriminatorio del datore di lavoro, possa valutarsi (ai fini dello stabilire la legittimità o meno del licenziamento) la circostanza che anche [un eventuale] ulteriore periodo di stabilità del rapporto retribuita a carico del datore di lavoro non avrebbe consentito il rientro al lavoro del disabile, permanendo il suo stato di malattia.

La Corte di giustizia con la sentenza *Pauni* del 11 settembre 2025 nella causa C 5/24, *pur escludendo un caso di discriminazione diretta*, in armonia con la propria precedente giurisprudenza, ne ha rinvenuto uno di tipo *indiretto*, per il fatto che un lavoratore disabile è, in linea di principio, più esposto al rischio di vedersi applicare l'art. 173 del CCNL[102] per i dipendenti da aziende del settore turismo – Con-

[102] Prevede l'art. 173 del CCNL per i dipendenti da aziende del settore turismo -Confcommercio, intitolato «Conservazione del posto»: «1. In caso di malattia accertata o di infortunio il personale che non sia in periodo di prova o di preavviso ha diritto alla conservazione del posto per un periodo di 180 giorni per anno, intendendosi per tale il periodo compreso tra il 1° gennaio e il 31 dicembre.

2. Ove il lavoratore si ammali o si infortuni più volte nel corso dell'anno i relativi periodi di assenza sono cumulabili agli effetti del raggiungimento del termine massimo di conservazione del posto di cui al precedente comma.

3. Per il personale assunto a termine, la conservazione del posto è comunque limitata al solo periodo di stagione o di ingaggio.

4. Qualora allo scadere del periodo per il quale è obbligatoria la conservazione del posto, il personale non possa riprendere servizio per il protrarsi della malattia, il rapporto di lavoro si intenderà risolto con diritto all'intero trattamento di fine rapporto ed a quanto altro dovuto, esclusa l'indennità sostitutiva di preavviso».

Ai sensi dell'art. 174 del CCNL, rubricato «Aspettativa generica»:

«1. Nei confronti dei lavoratori ammalati e infortunati sul lavoro la conservazione

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

fcommercio rispetto a un dipendente ordinario (cfr. punto 43). Infatti, rispetto a quest'ultimo, un lavoratore disabile è «esposto a un rischio più elevato di ferirsi o, più in generale, di essere assente per problemi di salute, a causa della sua disabilità o di una malattia connessa alla sua disabilità». Pertanto, tale lavoratore corre un rischio maggiore di accumulare giorni di assenza per malattia e, quindi, di raggiungere il limite dei 180 giorni retribuiti contemplato da tale articolo. Risulta quindi che la regola prevista dal suddetto articolo è idonea a svantaggiare i lavoratori disabili e, dunque, a comportare una differenza di trattamento «indirettamente basata sull'handicap» ai sensi dell'art. 2, par. 2, lettera b), della direttiva 2000/78.

«Nel caso, però, ha ritenuto possibile che la normativa fosse oggettivamente giustificata da una finalità legittima, se i mezzi attuati per il conseguimento di tale finalità siano appropriati e se essi non eccedano quanto necessario per conseguirla». In particolare, ha rilevato che assicurarsi della capacità e della disponibilità dei lavoratori ad esercitare la loro attività professionale può costituire una finalità legittima di politica sociale, senza essere sproporzionata (punto 48)[103].

Ha richiesto, poi, comunque, nella verifica di adeguatezza, l'adozione di un adattamento ragionevole (punto 55) e ha illustrato che occorre rispondere alla terza questione dichiarando che l'art. 5 della di-

del posto, fissata nel periodo massimo di 180 giorni dall'articolo 173 del presente Contratto, sarà prolungata, a richiesta del lavoratore, per un ulteriore periodo non superiore a centoventi giorni, alle seguenti condizioni:

a) che non si tratti di malattie croniche e/o psichiche, fatto salvo quanto disposto al successivo articolo 175 (malattie oncologiche);

b) che siano esibiti dal lavoratore regolari certificati medici o di degenza ospedaliera;

c) che la richiesta del periodo eccedente i 180 giorni sia fatta dal lavoratore come "aspettativa generica" senza retribuzione e senza diritto a maturazione di alcun istituto contrattuale;

d) che il lavoratore non abbia già fruito dell'aspettativa in precedenza.

2. I lavoratori che intendano beneficiare del periodo di aspettativa di cui al precedente comma dovranno far pervenire all'azienda richiesta a mezzo raccomandata con avviso di ricevimento, prima della scadenza del centottantesimo giorno di assenza per malattia o infortunio e firmare espressa dichiarazione di accettazione delle suddette condizioni».

[103] Per un commento a questa sentenza, cfr. L. Tria, *Carattere discriminatorio del licenziamento dei lavoratori disabili per superamento del periodo di comporto tra handicap e disabilità alla luce della sentenza della Corte di Giustizia UE c 5/24 [Pauni] dell'11 settembre 2025*, in *LDE*, 3/25.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

rettiva 2000/78 deve essere interpretato nel senso che una disposizione nazionale che prevede, a favore di un lavoratore assente per malattia, ma indipendentemente dalla sua eventuale disabilità, un periodo non retribuito di conservazione del posto di lavoro di 120 giorni, che si aggiunge a un periodo retribuito di conservazione del posto di lavoro di 180 giorni, *non costituisce una* «soluzione ragionevole».

Infatti, l'art. 174 del CCNL Turismo Confcommercio (oggetto della causa del giudice di rinvio) conferisce un diritto ai lavoratori assenti per malattia, *senza prendere in considerazione una loro eventuale disabilità*. Tale articolo non costituisce quindi un provvedimento adottato da un datore di lavoro a favore di una *specifica* persona disabile, in modo da tener conto della sua situazione e, alla luce della formulazione dell'art. 5 di tale direttiva, non può quindi costituire una «soluzione ragionevole».

2) La seconda recente pronuncia di interesse della Corte di giustizia è la sentenza *Bervidi* dell'11 settembre 2025 nella causa C 38/24[104] che ha esteso la tutela del disabile e, in particolar modo, l'aspetto dell'accomodamento ragionevole, al *caregiver*, ossia a colui che si prende cura del portatore di un handicap[105].

In particolare la parte ricorrente era un'operatrice incaricata della sorveglianza e del controllo di una stazione della metropolitana e aveva chiesto al datore di lavoro di essere assegnata, in modo permanente, *ad un orario fisso* che le consentisse di occuparsi del *figlio minore, affetto da una grave disabilità e da un'invalidità totale*, che viveva con la stessa e che doveva seguire un programma di cure nel pomeriggio.

Ora, il diritto del soggetto che assiste il disabile a una tutela antidiscriminatoria «per associazione» era già stato stabilito dalla Corte di

[104] Per un commento a tale pronuncia, cfr. L. La Peccerella, *La Corte di Giustizia dell'Unione Europea si pronuncia sulla tutela del lavoratore caregiver di familiare affetto da grave disabilità* in *LDE*, 3/25.

[105] Ai sensi dell'art. 1, comma 255, della l. n. 205/2017 «si definisce *caregiver familiare* la persona che assiste e si prende cura del coniuge, dell'altra parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso o del convivente di fatto ai sensi della legge 20 maggio 2016, n. 76, di un familiare o di un affine entro il secondo grado, ovvero, nei soli casi indicati dall'articolo 33, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, di un familiare entro il terzo grado che, a causa di malattia, infermità o disabilità, anche croniche o degenerative, non sia autosufficiente e in grado di prendersi cura di sé, sia riconosciuto invalido in quanto bisognoso di assistenza globale e continua di lunga durata ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, o sia titolare di indennità di accompagnamento ai sensi della legge 11 febbraio 1980, n. 18».

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

giustizia con la sentenza del 17 luglio 2008, *Coleman*[106], con riguardo alla *discriminazione diretta*, mentre, nel caso di cui alla pronuncia in analisi, si trattava di una *discriminazione di tipo indiretto* e dell'obbligo del datore di lavoro del «caregiver» di adottare *soluzioni ragionevoli* per garantire allo stesso il rispetto del principio della parità di trattamento nei confronti degli altri lavoratori.

Come già chiarito nella pronuncia *Coleman*, l'effetto utile della direttiva 2000/78 sarebbe, infatti, compromesso *se il divieto di discriminazione diretta*, previsto al suo art. 2, par. 2, lettera a), fosse limitato alle sole persone che sono esse stesse disabili e non si applicasse ad una situazione in cui un lavoratore che non sia egli stesso disabile fosse, comunque, vittima di una discriminazione.

Per questo, la Corte di giustizia, estendendo ulteriormente tali principi, con la sentenza *Bervidi* giunge alla conclusione che il principio di non discriminazione sancito all'art. 21, par. 1, della Carta, e concretizzato dalla direttiva 2000/78, riguarda anche la «discriminazione indiretta per associazione» fondata sulla disabilità, con diritto del *caregiver* all'accomodamento ragionevole.

3) Infine, con riguardo al nostro ordinamento, è recentissima la sent. n. 197 del 23 dicembre 2025 della Corte costituzionale che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 42, comma 5, del d.lgs. n. 151/01, nella formulazione vigente prima delle modifiche introdotte dal d.lgs n. 105/22. Ora, grazie a tale pronuncia, il lavoratore è legittimato a fruire del congedo straordinario per l'assistenza prestata al «convivente di fatto» con disabilità grave pure per i periodi antecedenti al 2022, che non erano stati intaccati dalla suddetta novella[107].

[106] Occorre ricordare, in primo luogo, che la Corte ha già dichiarato che una situazione di discriminazione diretta «per associazione» e fondata sull'handicap, è vietata dalla direttiva 2000/78. Infatti, il divieto di discriminazione diretta di cui all'art. 1 e all'art. 2, par. 1 e par. 2, lettera a), della direttiva 2000/78 non è limitato alle sole persone che siano esse stesse disabili. Qualora un datore di lavoro tratti un lavoratore, che non sia egli stesso disabile, in modo meno favorevole rispetto al modo in cui è, è stato o sarebbe trattato un altro lavoratore in una situazione analoga, e sia provato che il trattamento sfavorevole di cui tale lavoratore è vittima è causato dalla disabilità del figlio, al quale presta la parte essenziale delle cure di cui quest'ultimo ha bisogno, un siffatto trattamento viola il divieto di discriminazione diretta enunciato a detto art. 2, par. 2, lettera a) (v., in tal senso, sentenza del 17 luglio 2008, Coleman, C-303/06, EU:C:2008:415, punto 56).

[107] Dispone l'art. 42, comma 5 e 5 *ter*, del d.lgs. n. 151 del 2001 che «5. il coniuge convivente di soggetto con disabilità in situazione di gravità, accertata ai sensi dell'art.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

12. *Conclusioni*

Si può, a tal punto, giungere al termine dell'analisi proposta nel presente contributo, nella quale si sono messi in luce la tutela antidiscriminatoria offerta tramite la l. n. 67/06 e il d.lgs. n. 216/03 e tutto il percorso della stessa che si è realizzato dall'introduzione nel panorama internazionale della Convenzione Onu del 13 dicembre 2006, con le sue successive attuazioni, sia a livello europeo che nazionale.

È possibile, in particolare, porre in luce come il concetto di accomodamento ragionevole sia divenuto *centrale* nella tutela protezione del disabile e come presupponga una interazione e un dialogo tra il datore di lavoro e il lavoratore fondato sul rispetto reciproco e sui

4, comma 1, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, ha diritto a fruire del congedo di cui all'art. 4, comma 2, della legge 8 marzo 2000, n. 53, entro trenta giorni dalla richiesta. Al coniuge convivente sono equiparati, ai fini della presente disposizione, la parte di un'unione civile di cui all'art. 1, comma 20, della legge 20 maggio 2016, n. 76, e il convivente di fatto di cui all'art. 1, comma 36, della medesima legge. In caso di mancanza, decesso o in presenza di patologie invalidanti del coniuge convivente o della parte di un'unione civile o del convivente di fatto, hanno diritto a fruire del congedo il padre o la madre anche adottivi; in caso di decesso, mancanza o in presenza di patologie invalidanti del padre e della madre, anche adottivi, ha diritto a fruire del congedo uno dei figli conviventi; in caso di mancanza, decesso o in presenza di patologie invalidanti dei figli conviventi, ha diritto a fruire del congedo uno dei fratelli o delle sorelle conviventi; in caso di mancanza, decesso o in presenza di patologie invalidanti di uno dei fratelli o delle sorelle conviventi, ha diritto a fruire del congedo il parente o l'affine entro il terzo grado convivente. Il diritto al congedo di cui al presente comma spetta anche nel caso in cui la convivenza sia stata instaurata successivamente alla richiesta di congedo.

5 *ter*. Durante il periodo di congedo, il richiedente ha diritto a percepire un'indennità corrispondente all'ultima retribuzione, con riferimento alle voci fisse e continuative del trattamento, e il periodo medesimo è coperto da contribuzione figurativa; l'indennità e la contribuzione figurativa spettano fino a un importo complessivo massimo di euro 43.579,06 annui per il congedo di durata annuale (…)».

Prevede l'art. 4, comma 2, della l. n. 53/00 che «i dipendenti di datori di lavoro pubblici o privati possono richiedere, per gravi e documentati motivi familiari, fra i quali le patologie individuate ai sensi del comma 4, un periodo di congedo, continuativo o frazionato, non superiore a due anni. Durante tale periodo il dipendente conserva il posto di lavoro, non ha diritto alla retribuzione e non può svolgere alcun tipo di attività lavorativa. Il congedo non è computato nell'anzianità di servizio né ai fini previdenziali; il lavoratore può procedere al riscatto, ovvero al versamento dei relativi contributi, calcolati secondo i criteri della prosecuzione volontaria».

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

principi di buona fede e correttezza, nonché sulle regole della tutela antidiscriminatoria.

La centralità di tale elemento è stata ulteriormente consacrata dal recente d.lgs. n. 62/24 (art. 17), che, peraltro, non si è limitato a disciplinare i rapporti tra soggetti privati, ma, *con una vigilanza ormai integrata*, ha anche introdotto a favore del disabile il concetto di «progetto di vita» (art. 18): si tratta di un progetto individuale, personalizzato e partecipato dalla persona con disabilità che, partendo dai propri desideri e dalle proprie aspettative e preferenze, è diretto ad individuare, *in una visione esistenziale unitaria*, i sostegni, formali e informali, per consentire alla stessa di migliorare la qualità della propria esistenza, di sviluppare tutte le proprie potenzialità e di poter scegliere i contesti di vita e di parteciparvi in condizioni di pari opportunità rispetto agli altri[108].

In particolare, individua, per qualità, quantità ed intensità, gli *strumenti, le risorse, gli interventi, i benefici, le prestazioni, i servizi e gli accomodamenti ragionevoli, volti anche ad eliminare e a prevenire le barriere e ad attivare i supporti necessari per l'inclusione e la partecipazione della persona stessa nei diversi ambiti di vita,* compresi quelli scolastici, della formazione superiore, abitativi, lavorativi e sociali.

Nello stesso sono, altresì, comprese le misure previste a legislazione vigente per il superamento di condizioni di povertà, emarginazione ed esclusione sociale, nonché gli eventuali sostegni erogabili in favore del nucleo familiare e di chi presta cura ed assistenza.

La persona con disabilità è *titolare* del progetto di vita e ne richiede l'attivazione, concorre a determinarne i contenuti, esercita le prerogative volte ad apportarvi le modifiche e le integrazioni e lo *Stato, le Regioni e gli enti locali, nell'ambito delle relative competenze, garantiscono l'effettività del medesimo*.

Si può, dunque, concludere prendendo atto della *tutela ormai integrata pubblica e privata* della assistenza al soggetto disabile, con un percorso che ha manifestato significativi sviluppi, dall'accomodamento ragionevole fino al progetto di vita, anche grazie alla propulsione della normativa internazionale e europea e che sembra che possa prospettare per il futuro anche la possibilità di ulteriori evoluzioni sia a livello normativo che giurisprudenziale, al fine di ancor meglio chiarire gli oneri delle parti e le migliori garanzie possibili per i portatori di disabilità.

[108] *L'unità di valutazione multidimensionale* che elabora il progetto di vita è la particolare Commissione competente per predisporlo.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

Andrea Apollonio

La persona con disabilità nel processo penale: vulnerabilità, capacità, tutele

Sommario: 1. La fisionomia del processo penale. – 2. Il vuoto normativo sulla disabilità fisico-motoria. – 3. La storica sent. n. 65/2023 della Corte Costituzionale. – 4. La disabilità sensoriale nel processo penale: l' «approccio linguistico». – 5. Le conseguenze processuali. – 6. La vulnerabilità (della vittima). – 7. Conclusioni: il ruolo della giurisprudenza.

1. *La fisionomia del processo penale*

L'attuale ordinamento processuale penale, pur essendo stato riconfigurato sul modello accusatorio circa quarant'anni fa attraverso una riscrittura integrale, storicamente risulta parametrato sul presupposto – di matrice fascista – della piena abilità fisico-motoria dei suoi protagonisti, ed in specie dei soggetti indagati/imputati. L'unica preoccupazione che emerge dal tessuto del codice di rito è che l'indagato/imputato non presenti profili di deficienza mentale: questo perché il diritto penale, diversamente da tutte le altre branche del diritto, richiede la piena, incondizionata e comprovata capacità psichica del soggetto agente, autore del reato. *Nulla poena sine culpa*: e per essere colpevoli bisogna essere stati capaci di intendere e volere al momento del fatto.

Le disposizioni del processo penale che si riferiscono alla deficienza psichica – alla incapacità, per intendersi, se è vero che essa corrisponde all' elemento negativo dell'attitudine ad esercitare, durante il procedimento, tutti i poteri connessi alla qualità di imputato[1] – quale possibile motivo di stasi, di arresto o di estinzione del procedimento, altro quindi non sono che il risvolto antico delle norme di natura sostanziale

[1] In questo senso M.G. Aimonetto, *L'incapacità dell'imputato per infermità di mente*, Milano, 1992, 45 ss.; M. Montagna, *L'imputato*, in G. Dean (a cura di), *Soggetti e atti* (in *Trattato di procedura penale*, vol. I, diretto da G. Spangher), Torino, 2009, 506.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

che da sempre considerano la deficienza psichica quale elemento negativo – questa volta – del fatto di reato[2]. È questa la forma di disabilità che – sempre assumendo un punto di vista storico – il processo penale attenziona maggiormente, per non dire esclusivamente; e lo fa per mezzo di una disciplina asettica, racchiusa nello specchio di norme di cui agli artt. 70-72 *bis*. È d'uopo, intanto, prenderne contezza.

Agli artt. 70-71 è affermato che quando non deve essere pronunciata sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere e vi è ragione di ritenere che, per infermità mentale – fino al 1992 «sopravvenuta al fatto»[3] –, l'imputato non è in grado di partecipare coscientemente al processo, il giudice, se occorre, dispone, anche di ufficio, perizia; così, se a seguito di tali accertamenti risulta che lo stato mentale dell'imputato è tale da impedirne la cosciente partecipazione al procedimento e che tale stato è reversibile, il giudice dispone con ordinanza che il procedimento sia sospeso, sempre che non debba essere pronunciata sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere. Il successivo articolo (art. 72) si sofferma poi sulla ulteriore sequela procedimentale: allo scadere del sesto mese dalla pronuncia dell'ordinanza di sospensione del procedimento, o anche prima quando ne ravvisi l'esigenza, il giudice dispone ulteriori accertamenti peritali sullo stato di mente dell'imputato, e analogamente provvede a ogni successiva scadenza di sei mesi, qualora il procedimento non abbia ripreso il suo corso.

Una tale disciplina è prevista dal legislatore codicistico al fine di garantire all'imputato il concreto ed effettivo diritto di difesa, prelimi-

[2] Basti considerare l'art. 88 c.p.: «Non è imputabile chi, nel momento in cui ha commesso il fatto, era, per infermità, in tale stato di mente, da escludere la capacità di intendere e di volere»; in argomento, sui profili di connessione tra diritto e procedura penale, cfr. P. Moscarini, *La verifica dell'infermità mentale nell'accertamento giudiziario penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 985 ss.

[3] Si veda la sent. n. 340 del 20 luglio 1992 con cui la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità del primo comma relativamente alle parole «sopravvenuta al fatto»: nei casi in cui l'infermità di mente, non coincidente con la totale incapacità di intendere o di volere, risalga al *tempus commissi delicti e perduri* nel corso del procedimento, infatti, non potrebbe trovare applicazione la disposizione che consentirebbe l'epilogo processuale in una decisione di proscioglimento o di non luogo a procedere; la si guardi in *Giur. cost*., 1992, 2737 ss., con *Osservazioni* di M.G. Aimonetto, *Sospensione del processo penale per infermità di mente dell'imputato*, 2744 ss.; cfr. anche le considerazioni di A. Giarda, *Infermità mentale dell'imputato al tempo del fatto e sospensione del processo*, in *Corr. giur.*, 1992, 1219; E. Aprile, *Incapacità processuale, diritto di autodifesa e sospensione del processo penale dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 340/92*, in *Nuovo dir.*, 1992, 747.

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

nare alla prosecuzione di ogni attività processuale. Per questa ragione, il provvedimento di sospensione non va adottato e, se già disposto, va revocato laddove vi siano le condizioni per emettere nei confronti dell'imputato una sentenza a lui favorevole, prevalendo sempre il principio del *favor rei*[4]. Così, all'infuori di questo caso, che richiama l'obbligo di immediata declaratoria di cause di non punibilità di cui all'art. 129 e che appunto rappresenta l'attuazione del principio del *favor rei* nel vigente codice, una volta accertata l'incapacità a partecipare coscientemente al processo il giudice, a meno che non debba pronunciare una sentenza di proscioglimento ovvero di non luogo a procedere, è tenuto a disporre la sospensione del processo: nessun altro provvedimento, che potrebbe comportare anche in astratto un pregiudizio all'imputato, può essere pronunciato.

L'art. 72 *bis*, che veniva introdotto con la l. n. 103/2017[5], confermava l'impostazione sopra delineata, affermando che il processo può essere definito solo qualora l'incapacità processuale sia irreversibile e la sospensione del processo rischi di essere a tempo indeterminato e costituire di per sé un pregiudizio all'imputato[6]. Veniva dunque stabilito che se a seguito degli accertamenti previsti dall'art. 70 risulta che lo stato mentale dell'imputato è tale da impedire la cosciente partecipazione al procedimento e che tale stato è irreversibile, il giudice, revocata l'eventuale ordinanza di sospensione del procedimento, pronuncia sentenza di non luogo a procedere o sentenza di non doversi procedere, salvo che ricorrano i presupposti per l'applicazione di una misura di sicurezza diversa dalla confisca.

[4] Così la dottrina: A. Famiglietti, *Sospensione del processo per incapacità dell'imputato: linee ricostruttive e permanenti incertezze*, in *Proc. pen. giust.*, 2014, 124 ss.; d'altronde, a queste conclusioni perveniva anche il Giudice delle Leggi: cfr. l'ordinanza della Corte Costituzionale n. 243 del 21 ottobre 2013, in *Cass. pen.*, 2014, 97 ss., con *Nota* di E. Aprile.

[5] Legge che mirava a superare la logica degli «eterni giudicabili» (così in dottrina: cfr. G. Spangher, *Gli «eterni giudicabili»*, in Id. (a cura di), *La Riforma Orlando, Modifiche al Codice penale, Codice di procedura penale e Ordinamento penitenziario*, Pisa, 2017, 101), sottoposti a procedimento perenne perché incapaci di stare in giudizio: si guardi sul punto anche a A. Pagliano, *L'incapacità irreversibile dell'imputato*, in A. Scalfati (a cura di), *La riforma della giustizia penale. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, Torino, 2017, 75 ss.; L. Scomparin, *La nuova causa di improcedibilità per incapacità irreversibile dell'imputato: il traguardo di una soluzione attesa e i residui dubbi sui margini dei poteri proscioglitivi del giudice*, in *Leg. pen.*, 14 novembre 2017, 1 ss.

[6] Così, ancora, G. Spangher, *Gli «eterni giudicabili»*, cit.,101.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

L'art. 72 *bis* di nuovo conio confermava altresì, per quanto qui di interesse, che la disciplina dell'incapacità riguarda espressamente – ed esclusivamente – lo «stato mentale», che ricalca quasi letteralmente l'«infermità mentale» di cui all'art. 70. Pur essendo quindi intervenuta questa norma in tempi recenti, rimaneva confermata l'impostazione (di originaria matrice del codice) che dà per assunta la piena abilità fisico-motoria dei protagonisti del processo penale, ed in specie dei soggetti indagati/imputati.

2. *Il vuoto normativo sulla disabilità fisico-motoria*

Lo «stato mentale», però, è un concetto non in grado di coprire tutta la gamma di problemi pratici relativi a situazioni di disabilità che possono presentarsi nel procedimento, i quali, ove non espressamente contemplati nella disciplina di cui agli artt. 70 ss. (che proprio su tale concetto si imperniano), non possono che essere affrontati attraverso strumenti processuali «ordinari»: si pensi, tra tutti, all'art. 420 *ter*[7], utilizzato – in deroga, invero, alla sua *ratio*[8] – ogni qual volta si presenti una situazione di disabilità fisico-motoria che intralci l'itinere processuale. Sembrerebbe quindi l'ordinanza motivata di rinvio dell'udienza il (temporaneo) palliativo processuale utilizzato dal giudice rispetto ad un quadro fisico dell'imputato irrimediabilmente compromesso: questo lo strumento per rinvii anche lunghi al fine di conseguire, in taluni casi, gli effetti naturali (la morte dell'imputato) ovvero giuridici (la prescrizione del reato) del decorso del tempo, utili a superare l'*empasse*[9].

[7] Che recita: «Quando l'imputato, anche se detenuto, non si presenta all'udienza e risulta che l'assenza è dovuta ad assoluta impossibilità di comparire per caso fortuito, forza maggiore o altro legittimo impedimento, il giudice, anche d'ufficio, rinvia con ordinanza ad una nuova udienza e dispone la notificazione dell'ordinanza medesima all'imputato».

[8] Che è quella di accrescere la «densità» contenutistica del diritto di difesa, per valorizzarne il profilo di funzione dialetticamente contrapposta all'accusa che l'imputato (autodifesa) e il suo difensore (difesa tecnica) esercitano di fronte ad un giudice imparziale: così R. Lopez, *Legittimo impedimento del difensore: obiettivi raggiunti e criticità residue*, in *Proc. pen. giust*., 4, 2019, 45.

[9] Confondendo così la *ratio* di due ben diverse discipline: infatti l'estinzione del reato per morte del reo è un riflesso del principio personalistico della responsabilità penale discendente dall'art. 27, comma 3, Cost., che impedisce allo Stato di esercitare la propria pretesa punitiva su un soggetto diverso da colui che sia l'autore del reato, men-

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Una prassi processuale che però, di rinvio in rinvio, va a ledere la dignità del soggetto sofferente, imputato nel processo, e, su un piano più generale e più esteriore, stride con la sempre più attenta considerazione della disabilità (e sopratutto delle più gravi forme di disabilità) così come coltivata di recente dal legislatore[10].

Per lungo tempo, quindi, nella prospettiva processuale si è ritenuta incolmabile l'eterogeneità fenomenica tra infermità mentale e infermità fisica: da un lato, appare evidente che l'infermità psichica leda alla base il diritto di difesa dell'imputato, impedendone la comprensione degli eventi processuali; dall'altro, l'infermità fisica non inciderebbe sull'autodeterminazione dell'imputato che potrebbe quindi consapevolmente orientarsi, anche permettendo che il giudizio si celebri *in absentia*, ove stimi tale opzione per sé conveniente[11].

Questa impostazione sembrava essere confermata dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 39/2004[12], in cui veniva evidenziato in premessa che se ad assicurare la possibilità di presenziare fisicamente al processo è preordinata la disciplina sul rinvio per legittimo impedimento a comparire dell'imputato (art. 420 *ter*), se a garantire la possibilità di percepire o di esprimersi, nel caso di difficoltà ad udire o a parlare dell'imputato, sovviene la disciplina che assicura l'assistenza di un interprete nell'ipotesi di sordità o mutismo dell'imputato (art. 119, come risulta dalla pronuncia additiva di cui alla sent. n. 341 del 1999: e su questa si tornerà appresso), l'ipotesi invece in cui l'impossibilità di partecipare attivamente al processo dipenda dalla situazione mentale dell'imputato è contemplata dagli artt. 70, 71 e 72.

Ricalcata la griglia normativa, la Corte da un lato riconosce che il concetto di «partecipazione» non può intendersi limitato alla consape-

tre la sospensione del procedimento in caso di incapacità processuale dell'imputato mira a garantire il corretto esercizio del diritto di difesa e autodifesa dell'imputato: sulle diverse interpretazioni si veda da ultimo G. Caneschi, *L'imputato*, in G. Ubertis, G.P. Voena (diretto da), *Trattato di procedura penale*, vol. VI, Milano, 2021, 493 ss.

[10] Ci si riferisce, in particolare, alla legge delega n. 227/2021 sulla disabilità che, «con i suoi decreti attuativi, ha determinato un mutamento paradigmatico che impone una riflessione sistematica e multidisciplinare da parte di tutti gli attori coinvolti nel sistema di protezione sociale» (M. Paladini, *Prefazione*, in A. Candido (a cura di), *La presa in carico della persona fragile. Un dialogo tra giurisdizioni su questioni di diritto sociosanitario e socioassistenziale*, Torino, 2025, IX).

[11] Si guardi, nuovamente, la *Nota* di E. Aprile, cit., 98.

[12] In *Dir. giust.*, 2004, 10, 9 ss., con commento di G. Pansini, *La Consulta allarga le ipotesi di sospensione del processo*.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

volezza dell'imputato circa ciò che accade intorno a lui, ma necessariamente comprende anche la sua possibilità di essere parte attiva nella vicenda e di esprimersi, esercitando il suo diritto di autodifesa: in questa prospettiva va considerata non solo la malattia definibile in senso clinico come psichica, ma anche qualunque altro stato di infermità che renda non sufficienti o non utilizzabili le facoltà mentali (coscienza, pensiero, percezione, espressione) dell'imputato, in modo tale da impedirne una effettiva partecipazione[13]; dall'altro lato, però, il proposito evolutivo rimane inattuato; manca il passaggio ulteriore, quasi consequenziale, del riconoscimento – in sé foriero di sperequazioni – che proprio la disciplina di cui all'art. 70 ss. sia deputata esclusivamente alla malattia definibile in senso clinico come psichica, lasciando che altri istituti processuali – di tipo «tradizionale», quali quelli sopra richiamati: art. 119, art. 420 *ter* – si occupino di ogni altra situazione o condizione.

Così, per tornare nell'alveo della disciplina degli artt. 70 ss., la Consulta la riteneva costituzionalmente legittima, giacché ove risultasse – a seguito dei dovuti accertamenti peritali – che lo stato mentale dell'imputato ne consente, di per sé, la partecipazione consapevole e attiva al processo, e sussistono solo ostacoli alla espressione verbale o scritta e alla reciproca comprensione, derivanti da impedimenti, collegati ad uno stato di infermità, all'udito o alla parola dell'imputato, «troverebbero applicazione le regole dell'art. 119 cod. proc. pen., che prevede il diritto all'assistenza di un "interprete, scelto di preferenza fra le persone abituate a trattare" con l'imputato, al fine di consentirgli di "potere comprendere l'accusa contro di lui formulata e di seguire il compimento degli atti cui partecipa" (così nella estensione che la disposizione ha subito per effetto della sent. n. 341 del 1999 di questa Corte)».

Nonostante i buoni propositi, quindi, la Corte nel 2004 continuava a rimarcare l'ontologica differenza tra infermità psichica e infermità fisica, ritenendola non foriera di alcuna ingiustificata disparità di trattamento se calata nella rigida disciplina codicistica[14].

[13] A detta della dottrina, trattasi di una sentenza che amplia la nozione di incapacità fino a configurarvi qualunque stato di infermità che renda non sufficienti le facoltà mentali dell'imputato come gli esiti di una patologia ischemica che precluda una compiuta espressione verbale: viene così estesa l'area dell'incapacità, comprendendo tutti gli stati di infermità che non consentono all'imputato di essere parte attiva della vicenda processuale e di esprimersi, esercitando il suo diritto di autodifesa: in questo senso ancora G. Pansini, *La Consulta allarga le ipotesi di sospensione del processo,* cit.; manca però, come si è detto, la conseguente illegittimità costituzionale delle norme sperequatrici.

[14] La giurisprudenza ha recepito questo orientamento, affermando la correttezza

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

3. *La storica sent. n. 65/2023 della Corte Costituzionale*

Dovevano in effetti passare altri vent'anni affinché – anche nella trama del giudizio di costituzionalità – potesse affermarsi la regola di esperienza per cui una grave forma di malattia fisica incide inevitabilmente sulla piena lucidità mentale, quando non anche sull'uso del linguaggio; e che, in ogni caso, in un quadro realmente compromesso, irreversibile, in cui peraltro è difficile rintracciarsi una vita ancora dignitosa, il processo si traduce sempre in una sofferenza psichica aggiuntiva: tale è, indubbiamente, ogni qual volta si assista al prolungamento *sine die* del procedimento, mediante lo strumento «ordinario» di cui all'art. 420 *ter*, a carico delle persone con disabilità irreversibile non richiamate dall'art. 72 *bis.*

Ne discende l'ineguaglianza tra la disciplina codicistica volta ad una condizione psichica (trattata più favorevolmente con la sospensione *ex lege*) e quella che guarda ad una condizione di impossibilità fisica (assoluta, e irreversibile), gestita con strumenti contingenti. Per tale via si arriva a dichiarare l' illegittimità costituzionale dell'art. 72 *bis*, comma 1, nella parte in cui si riferisce allo stato «mentale» anziché a quello «psicofisico», legittimando la sentenza di non luogo a procedere o di non doversi procedere ogni qualvolta venga accertata l'infermità irreversibile dell'imputato tale che sia compromessa la sua cosciente partecipazione al processo.

È certamente utile richiamare la vicenda concreta che ha generato il giudizio di costituzionalità.

Il Tribunale di Lecce sollevava questione di legittimità costituzionale, in via principale, in riferimento all'art. 3 Cost., dell'art. 72 *bis* nella parte in cui non prevede(va) che il giudice dichiari di non doversi procedere nei confronti dell'imputato, anche nei casi in cui la sua irreversibile incapacità di partecipare coscientemente al processo discenda da patologie fisiche e non mentali; ed in via subordinata, dell'art. 159, ult. co., c.p. sempre per violazione dell'art. 3 Cost., nella parte in cui non prevede che la sospensione del decorso della prescrizione, nel caso in cui dipenda da sospensione del processo per impossibilità di procedere in assenza dell'imputato, non operi anche nelle ipotesi

di tale soluzione interpretativa e la sua conformità ai parametri della Carta fondamentale: Cass., sez. VI, 15 aprile 2021, n. 14853, in *Dir. pen. proc.*, n. 3, 2022, 367 ss., con nota di A. Chelo, *Ancora eterni giudicabili: per le patologie fisiche gravi e irreversibili fine processo mai.*

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

in cui tale sospensione sia imposta dall'impossibilità dell'imputato di partecipare coscientemente al processo (circostanza che sarà in ogni caso assorbita dalla risoluzione della questione principale).

Il rimettente faceva rilevare nel ricorso che l'imputato è una persona affetta da Sclerosi Laterale Amiotrofica (SLA), una grave malattia fisica che, pur non avendo compromesso le capacità intellettive, ha progressivamente determinato nell'imputato la paralisi, privandolo dell'uso del linguaggio e della stessa autonomia respiratoria e che, nonostante il processo sia stato rinviato per legittimo impedimento, ai sensi dell'art. 420 *ter*, in attesa della cessazione della patologia, le evidenze medico-sanitarie hanno attestato l'irreversibilità della malattia, giustificando la definizione per improcedibilità ai sensi dell'art. 72 *bis*, norma tuttavia espressamente dettata per l'incapacità processuale dell'imputato derivante da patologia mentale, quindi insuscettibile, all'atto, di estensione analogica per incapacità irreversibile causata da patologia fisica.

In un caso del genere si palesava peraltro più chiaramente la violazione dell'art. 3 Cost., per l'irragionevole disparità di trattamento tra fattispecie connotate dalla medesima esigenza, far cessare cioè un processo che, destinato a non essere mai celebrato, assorbe inutilmente risorse pubbliche e altrettanto inutilmente infligge all'imputato una sofferenza psicologica aggiuntiva a quella derivante da una situazione di salute già compromessa; cui parrebbe accompagnarsi anche la lesione dell'inderogabile dovere di solidarietà sociale, ai sensi dell'art. 2: un viatico[15] che dovrebbe consentire a chiunque di esercitare pienamente la propria gamma di diritti. Si fa spazio una nuova esigenza, fin qui rimasta sottotraccia: il diritto di difesa non è soltanto la possibilità di avere un difensore, ma comporta anche la facoltà di potersi personalmente, e adeguatamente, difendere; e di questo diritto il codice di rito è zeppo di previsioni, senza che vi siano accompagnate, però, in termini adeguati ed appaganti, le contro-previsioni della eventuale disabilità fisica[16].

Alla pronuncia di incostituzionalità la Corte giunge sottolineando

[15] In dottrina tradizionalmente si rimarca che il principio solidaristico rappresenta il criterio fondamentale destinato a mediare, attraverso i doveri secondo i quali si estrinseca sul piano costituzionale, quel minimo di omogeneità tra le diverse situazioni che conferisce un livello accettabile di dignità per ogni uomo: così G. Lombardi, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967, 48.

[16] Una lacuna da ultimo segnalata in dottrina da T. Alesci, *Le patologie fisiche nella dinamica processuale: tra apparente sensibilità legislativa e persistenti criticità*, in A. Marandola, G. Spangher (a cura di), *La fragilità della persona nel processo penale,* Torino, 2021, 260 ss.

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

che il concetto di malattia rilevante nella struttura codicistica per le valutazioni sulla capacità processuale deve necessariamente essere esteso a «qualunque altro stato di infermità [che] renda non sufficienti o non utilizzabili le facoltà mentali (coscienza, pensiero, percezione, espressione) dell'imputato, in modo tale da impedirne una effettiva partecipazione […] al processo», garantendo così un ampio accesso ai diritti processuali – nel caso di specie – all'imputato le cui facoltà psicofisiche sia irreversibilmente compromesse. Sembra insomma essere stata accolta – finalmente – quella definizione epistemologica di infermità, tale che vi possa essere ricondotta ogni patologia, mentale ed organica, che influisca sulla capacità di autodeterminazione dell'imputato nonché sulla sua capacità di essere parte attiva della vicenda processuale.

Rigettata quindi ogni estrema categorizzazione della disabilità in sé, finalmente passato il guado tra tra infermità mentale e infermità fisica nell'ottica di una costruzione sociale più aperta al diverso, la «cosciente partecipazione» – formula attorno alla quale ruota l'intero sistema degli artt. 70 ss., su cui già ci si è soffermati – si tramuta in un'endiadi, giacché un imputato che non partecipa con l'insieme delle facoltà di «coscienza, pensiero, percezione, espressione» resta concretamente estraneo al processo che lo riguarda.

L'imputato deve potere partecipare al processo con tutte le sue abilità e capacità, poiché l'incapacità – non solo psichica, ma anche fisica – si tramuta in ogni caso in un vulnus all'essenziale principio di oralità del processo penale, che appunto comporta la piena, e massimamente espressiva, partecipazione[17]. È in questa prospettiva assiologica che si colma il deficit di tutela per la persona con disabilità nel processo penale.

4. *La disabilità sensoriale nel processo penale: l' «approccio linguistico»*

Con gli apporti – decisivi – forniti dalla giurisprudenza costituzionale sull'annullamento del confine tra corpo e mente nei casi di completo annichilimento della persona, è possibile adesso osservare

[17] È stato affermato in dottrina, e proprio a commento della sentenza: il «nostro processo accusatorio è un evento linguistico intriso di garanzie legate all'oralità, all'immediatezza e al contraddittorio diretto che rende necessaria una certa consapevolezza, personale, relazionale e contenutistica del processo stesso affinché il tutto possa essere ricondotto nei canoni costituzionali degli artt. 24 e 27, co. 3» (A. Gerardi, *Stato psicofisico e cosciente partecipazione processuale: il nuovo alveo dell'art. 72 bis c.p.p. Nota a Corte Cost., sent. n. 65 del 2023*, in *Oss. cost.*, 5, 2023, 117).

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

la disabilità nel processo penale nella giusta prospettiva: non più assorbita nella categoria della disabilità fisica, che si risolve mediante la rimozione delle barriere materiali alla piena esplicazione del diritto di difesa, considerata la necessità processuale di equità, oralità, immediatezza che ben si prestano ad essere considerate quali barriere cognitive e comunicative.

La disabilità «sensoriale»[18] rimane tuttavia centrale: essa travolge negativamente l'uso della vista, dell'udito ovvero della parola, genera limitazioni o privazioni che influiscono in maniera totalmente avversa nella costruzione dell'identità del singolo, contrastandone la personale partecipazione al processo.

Eppure, il codice ha considerato *ab origine* la menomazione dei diritti processuali che possono riguardare esclusivamente il sordo, il muto o il sordomuto; ai sensi dell'art. 119, infatti, quando si «vuole o deve fare dichiarazioni, al sordo si presentano per iscritto le domande, gli avvertimenti e le ammonizioni ed egli risponde oralmente; al muto si fanno oralmente le domande, gli avvertimenti e le ammonizioni ed egli risponde per iscritto; al sordomuto si presentano per iscritto le domande, gli avvertimenti e le ammonizioni ed egli risponde per iscritto»[19].

Segue poi una disciplina ad hoc per coloro che in questo ambito risultano analfabeti, carenza cui appunto si lega l'impossibilità di sentire e di parlare: «Se il sordo, il muto o il sordomuto non sa leggere o scrivere, l'autorità procedente nomina uno o più interpreti, scelti di preferenza fra le persone abituate a trattare con lui». Una disciplina miope[20], che non considera l'effettività della partecipazione al processo del sordomuto, riservando al solo analfabeta la facoltà di servirsi di un interprete, allo scopo di farsi comunicare domande, avvertimenti, ammonizioni e fornire le relative risposte; mentre, nel caso di un imputato sordomuto, ma alfabetizzato, la norma si limita(va) a prescrivere l'impiego della scrittura, senza alcuna intermediazione: senza

[18] È una definizione dottrinale, sempre di A. Gerardi, *Disabilità sensoriale nel processo penale*, in *Dig. disc. pen., Agg. XI*, Torino, 2021, 251 ss.

[19] Sino alla dichiarazione di incostituzionalità, la norma disciplinava, in maniera singolare, la partecipazione dell'imputato sordo, muto e sordomuto agli atti del procedimento prescrivendo che in tali casi al sordo le domande fossero formulate per iscritto con risposta orale; al muto si ponessero oralmente con risposta scritta; al sordomuto le domande fossero formulate per iscritto con risposta scritta.

[20] Così I. Benevieri, *L'interazione linguistica nel procedimento penale con i soggetti fragili*, in A. Marandola, G. Spangher (a cura di), *La fragilità della persona*, cit., 544 ss.

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

cioé una valutazione in concreto della situazione di disabilità sensoriale in cui il soggetto versa.

La norma, siccome formulata, appariva quindi del tutto discriminatoria, in palese contrasto con l'art. 24 della Costituzione, stante la lesione del diritto alla difesa dell'imputato sordomuto alfabetizzato, cui sarebbe in ogni modo rimasto precluso di comprendere tutto quanto accade nel corso dell'istruzione dibattimentale; veniva pertanto dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale, con sentenza 14 luglio 1999, n. 341, nella parte in cui non prevede che l'imputato sordo, muto o sordomuto, indipendentemente dal fatto che sappia o meno leggere e scrivere, ha diritto di farsi assistere gratuitamente da un interprete, scelto di preferenza fra le persone abituate a trattare con lui, al fine di potere comprendere l'accusa contro di lui formulata e di seguire il compimento degli atti cui partecipa.

A ben vedere, è forse questa la prima pronuncia in cui si afferma lo spirito informatore del nuovo giudizio penale, in aderenza alle nuove sensibilità del legislatore in *subiecta materia*[21]: cosicché, si stigmatizzano nel codice di rito le lacune nella partecipazione al processo dell'imputato, il quale deve potere svolgere la propria attività difensiva, anche in forma di autodifesa, anche separatamente da quelle che sono le argomentazioni o le espressioni del proprio difensore. E nella stessa sentenza si svela, all'opposto, la miopia delle norme del codice di rito: «si tratta di previsioni normative dettate nell'ottica di rendere possibile lo svolgimento del processo quando ad esso partecipi una persona portatrice di siffatti handicap, piuttosto che in quella della garanzia dei diritti dell'imputato».

Lo strumento tramite cui può arrivarsi alla completezza della tutela è quello linguistico: per la prima volta si equiparano le occorrenze della disabilità sensoriale ad una particolare forma di ignoranza della lingua italiana, e per tale via – già esplorata in ambito domestico[22] ma sopratutto in quello sovranazionale[23] – può farsi ricorso ad un sog-

[21] Si guardi la ricognizione temporale svolta da A. Candido, *La tutela della persona con disabilità: l'importanza di uno studio sistematico e disciplinare*, in A. Candido (a cura di), *La presa in carico della persona fragile*, cit., 3 ss.

[22] Il legislatore codicistico ha preso in specifica considerazione la situazione dell'imputato che non conosce la lingua italiana, statuendo che egli «ha diritto di farsi assistere gratuitamente da un interprete al fine di potere comprendere l'accusa contro di lui formulata e di seguire il compimento degli atti cui partecipa» (art. 143, comma 1).

[23] Le norme delle convenzioni internazionali prevedono espressamente fra i diritti dell' accusato quello di «farsi assistere gratuitamente da un interprete se comprende o

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

getto terzo – l'interprete (art. 143), il mediatore linguistico (art. 119), ecc. – non già come un mero strumento tecnico a disposizione del giudice per consentire o facilitare lo svolgimento del processo, ma come oggetto di un diritto individuale dell'imputato, diretto a consentirgli quella partecipazione cosciente al procedimento che, come si è detto, è parte ineliminabile del diritto di difesa, comprensivo di quello di autodifesa[24]; percorrendo la scorciatoia dell' «approccio linguistico» si realizza, in definitiva, la garanzia costituzionale del diritto di difesa, la quale – per richiamare nuovamente la sentenza del 14 luglio 1999, n. 341 – «comprende la effettiva possibilità che la partecipazione personale dell'imputato al procedimento avvenga in modo consapevole, in ispecie – per quanto qui rileva – nelle fasi che l'ordinamento affida al principio dell'oralità: il che comporta la possibilità effettiva sia di percepire, comprendendone il significato linguistico, le espressioni orali dell'autorità procedente e degli altri protagonisti del procedimento, sia di esprimersi a sua volta essendone percepito e compreso».

5. *Le conseguenze processuali*

Ricostruita la disciplina – per come si è da ultimo stratificata anche grazie alla giurisprudenza costituzionale – dei supporti alla disabilità che il codice consente, e che in taluni casi dovrebbe imporre secondo una interpretazione evolutiva degli istituti, che passa invero attraverso non tanto un sistema di regole (poche e frammentate, come si è visto) quanto principi generali di effettività e completezza del diritto di difesa, è opportuno accenare alle possibili conseguenze processuali all'inosservanza, sia di tali regole che (sopratutto) dei principi sottesi.

È utile al riguardo richiamare, tra i tanti, l'art. 109, che prevede la traduzione degli atti processuali nella propria lingua per gli imputati appartenenti alle minoranze linguistiche riconosciute, prevedendone, in caso di mancato ottemperamento addirittura la nullità; così come è la nullità (a regime intermedio) la sanzione all'inadempimento degli

parla la lingua usata in udienza» (art. 6, n. 3, lettera e), della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali; e analogamente art. 14, comma 3, lettera t), del Patto internazionale di New York relativo ai diritti civili e politici.

[24] Cfr. sul punto, in dottrina, R. Kostoris, *Commento al Titolo IV Libro I c.p.p. (artt. 60-73)*, in M. Chiavario, *Commento al nuovo codice di procedura penale*, Torino, 1989, 346 ss.; M. Montagna, *L'imputato*, cit., 506; A. Pagliano, *L'incapacità dell'imputato*, cit., 76.

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

oneri di traduzione di cui all' art. 143, comma 1[25]. La più grave sanzione processuale per l'inosservanza delle regole a sfondo linguistico, del resto, è stata da ultimo fissata dalla Suprema Corte a Sezioni Unite[26], con cui è stato affermato il principio secondo cui la mancata traduzione del decreto di citazione per il giudizio d'appello in una lingua nota all'imputato che non conosca la lingua italiana comporta la nullità generale a regime intermedio; ed ove la mancata traduzione riguardi la sentenza la nullità determina conseguentemente il rinvio al giudice del grado precedente per la traduzione stessa – trattasi, appunto, di nullità a regime intermedio.

Sul punto, per il vero, già l'anno precedente erano intervenute le Sezioni Unite[27], superando quell'orientamento per cui la mancata traduzione non integra un'ipotesi di nullità della sentenza ma comporta soltanto un mero slittamento dei termini per impugnare. Nell'una e nell'altra sono stati valorizzati tanto la matrice costituzionale e convenzionale del diritto alla traduzione[28], prefigurando un diritto soggettivo

[25] Così in giurisprudenza: per una ricognizione E. Aprile, *Commentario essenziale - Procedura penale*, Piacenza, 2021, 137.

[26] Cass., S.U., 26 novembre 2025 (ud. 29 maggio 2025), n. 38306.

[27] Cass., S.U., 18 gennaio 2024 (ud. 26 ottobre 2023), n. 15069 – con questa sentenza le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno risolto il contrasto interpretativo sorto in merito alla validità dell'ordinanza cautelare non tradotta, entro un termine congruo, in lingua nota all'imputato alloglotta: accogliendo l'indirizzo volto ad assicurare un ampliamento degli spazi di tutela delle prerogative difensive dell'imputato che non conosce la lingua italiana, la Corte ha ritenuto sussistente, nel caso di specie, una nullità a regime intermedio.

[28] Ci si riferisce alle seguenti fonti euro-unitarie: alla direttiva 2010/64/UE sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali; alla direttiva 2012/13/UE sul diritto all'informazione nei procedimenti penali; alla direttiva 2014/43/UE, sul diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo, al diritto di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale e al diritto delle persone private della libertà personale di comunicare con terzi e con le autorità consolari. Sul tema, cfr. C. Amalfitano, *Le prime Direttive europee sul ravvicinamento «processuale»: il diritto all'interpretazione, alla traduzione e all'informazione nei procedimenti penali*, in R. Del Coco, E. Pistoia (a cura di), *Stranieri e giustizia penale. Problemi di perseguibilità e di garanzie nella normativa nazionale ed europea*, Bari, 2014, 154 ss.; M. Caianiello, *Dal Terzo Pilastro ai nuovi strumenti: diritti fondamentali, «Road Map» e l'impatto delle nuove Direttive*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim*., 4, 2015, 70 ss.; T. Rafaraci, *Diritti fondamentali, giusto processo e primato del diritto UE*, in *Proc. pen. giust*., 3, 2014, 1 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

perfetto ad avere cognizione linguistica piena ed effettiva, direttamente azionabile dall'imputato, tanto un principio generale[29]: «l'intervento dell'imputato implica una partecipazione attiva e cosciente che presuppone la garanzia effettiva delle prerogative difensive del soggetto processuale da intendersi quindi non come mera presenza fisica dell'imputato nel procedimento, ma come la partecipazione attiva e cosciente del reale protagonista della vicenda processuale, al quale deve garantirsi l'effettivo esercizio dei diritti e delle facoltà cui lo stesso è titolare»[30].

Se è vero che le problematiche processuali afferenti alla disabilità dell'indagato/imputato possono essere affrontate sulla base del già percorso «approccio linguistico», è a questo che ci si può rifare per enucleare le conseguenze processuali, trattandosi di un vero e proprio banco di prova per la tenuta del principio del giusto processo: il soggetto coinvolto in un procedimento penale che non comprende la lingua italiana si colloca in una posizione di assoluta minorità, impedendo che si esplichi una piena, e biunivoca, corrispondenza sensoriale, con relativo, effettivo pregiudizio[31]; ed è appunto ciò che accade, secondo una corrispondenza empirica ma anche giuridica, nei casi di disabilità sensoriale, che il codice perlopiù non disciplina salvo ricondurli – quelli espressi e quelli inespressi – al principio e alla relativa sanzione in caso di surrettizio aggiramento. In definitiva, considerando la disciplina generale delle nullità di cui agli artt. 177-182, il vulnus al principio di piena partecipazione al procedimento per un difetto di matrice «sensoriale» ignorato dal codice o dal giudice (checché ne sia la causa, del difetto o dell'inosservanza) non può che incontrare la più grave sanzione della nullità – assoluta o a regime intermedio, a seconda degli atti – e la relativa regressione della procedura[32].

[29] Valorizzato in dottrina: cfr. M. Gialuz, *Il diritto all'assistenza linguistica nel processo penale. Direttive europee e ritardi italiani*, in *Riv. dir. proc.*, 9, 2012, 1194 ss.; inoltre, dello stesso autore, Id., *La lingua come diritto: il diritto all'interpretazione e alla traduzione nel processo penale*, Padova, 2005, 229.

[30] È ancora Cass., S.U., 26 novembre 2025 (ud. 29 maggio 2025), n. 38306.

[31] In dottrina, M. Caianiello, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, Bologna, 2012, *passim*.

[32] Si guardi in particolare l'art. 178: «È sempre prescritta a pena di nullità l'osservanza delle disposizioni concernenti: […] c) l'intervento, l'assistenza e la rappresentanza dell'imputato e delle altre parti private nonché la citazione in giudizio della persona offesa dal reato e del querelante»; come si è visto, nella casistica di interesse la giurisprudenza elabora tale nullità sulla scorta del regime intermedio: al riguardo, in dottrina, cfr. F. Caprioli, *Abuso del diritto e nullità inoffensive*, in *Cass. pen.*, 2012,

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Cosicché, pur non essendo in alcun modo disciplinata la casistica[33], dovrebbe essere tale patologia ad affliggere tutti quegli atti che in concreto non consentono al soggetto non vedente una piena comprensione degli stessi: il codice infatti ignora che un imputato non vedente, pur se appartenente ad una minoranza linguistica riconosciuta, non possa, ugualmente, prendere conoscenza degli atti processuali notificatigli, atteso che il «braille», pur essendo solamente un codice, deve necessariamente essere equiparato ad una lingua, essendo l'unico sistema veramente idoneo per mettere a conoscenza di un disabile visivo un documento scritto.

Anche il cieco, quindi, per quanto autonomo sia oggi grazie all'ausilio della tecnologia, non riceve a livello processuale, per via di quella criticata differenza tra lingua e codice, nessuna tutela; anzi, la sua assimilazione ad un individuo normodotato – nonostante le evidenze scientifiche di segno opposto[34] – ne fa emergere ancor di più il divario, rafforzando l'esigenza di una norma al pari dell'art. 119 che tenga conto delle difficoltà del soggetto non vedente[35].

Nondimeno, nel presente studio si è provato a dimostrare che alle lacune del diritto positivo può supplirsi con un'opera di ricostruzione del sistema che definisca, e sopratutto metta in azione, l' «approc-

2410 ss.; sulla tematica specifica si guardi ancora I. Benevieri, *L'interazione linguistica*, cit., 546.

[33] T. Alesci, *Le patologie fisiche nella dinamica processuale,* cit.*,* 266.

[34] Si vedano gli studi di J.C. Segen, *Dizionario di medicina moderna (Concise dictionary of modern medicine)*, Milano, 2007, 523, ove ha sottolineato che «lo stato di individuo "vigile, cosciente ed orientato nel tempo dello spazio" quale canone medico di raffronto per la diagnosi di alterazioni nello "stato mentale" di un soggetto può essere intaccato non solo da patologie psichiche, ma anche da patologie di carattere organico» (si pensi, appunto, al caso di un soggetto che non possa esprimersi compiutamente o sia ipovedente e che, quindi, messo a confronto con il suo accusatore, non sia in grado di controbattere adeguatamente).

[35] Una piccola considerazione deve comunque essere fatta su quelli che sono gli effetti della telematizzazione del processo penale che, già a seguito dell'entrata in vigore della l. 27 settembre 2021, n. 134 (la c.d. «Riforma Cartabia»), sta iniziando a prendere piede, seppur con gran fatica. Due elementi interessano la trattazione *de qua*: la digitalizzazione dell'atto, intellegibile totalmente per vie telematiche e l'istituzionalizzazione di un domicilio telematico: ciò potrebbe azzerare i problemi di intellegibilità per una persona cieca che si approccia alla lettura poiché il documento informatico sarà comunque intellegibile mediante i programmi di video-lettura e lettura, come ad esempio i software «Voice Over» o «Assistente Vocale» che, già integrati nei dispositivi mobili e PC, permettono in simultanea di digitalizzare il parlato e leggere il digitato.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

cio linguistico» di cui si è dato conto: percorso processuale che tocca principi e conseguenze processuali.

6. *La vulnerabilità (della vittima)*

È possibile, da ultimo, allargare l'orizzonte tematico e passare ad un concetto che evoca una disabilità contingente, una incapacità – parziale – non giuridica ma fattuale, secondo una previsione che il legislatore compie a monte al verificarsi di una serie di casi: la vulnerabilità.

Tale condizione è frutto di ogni fattore, soprattutto individuale, che potrebbe – sempre in concreto ed in determinate occasioni – compromettere l'abilità o la capacità comunicativa e decisionale annullando ogni protezione a tutela dei propri diritti conoscitivi e comunicativi[36]. Il legislatore considera questa «condizione di particolare vulnerabilità», sebbene la riferisca esclusivamente alla persona offesa.

La nozione di vittima vulnerabile è invero di recente acquisizione nel nostro codice di rito. Adottata con d.l. n. 212/2015, veniva per la prima volta introdotto sia il concetto di vittima del reato che quello specifico di vittima vulnerabile, con l'introduzione dell'art. 90 *quater*: vulnerabilità «desunta, oltre che dall'età e dallo stato di infermità o di deficienza psichica, dal tipo di reato, dalle modalità e circostanze del fatto per cui si procede», con ulteriori specificazioni dettate dalla legge[37]; ricollegando a tale condizione l'adozione di tutele normative in ragione della sua particolare fragilità.

Le norme di nuovo conio hanno previsto due categorie di vittime vulnerabili: le vittime a vulnerabilità «presunta», che sono individuate come tali per il solo fatto di essere offese da reati a riconosciuto impatto traumatico (per l'elenco dei reati si vedano gli artt. 351, comma 1 *ter* e 392, comma 1 *bis*); le vittime vulnerabili «atipiche», da individuare in concreto – ad opera anzitutto del pubblico ministero – sulla base delle indicazioni fornite dallo stesso art. 90 *quater*.

[36] Così F. Trapella, *La tutela del vulnerabile. Regole europee, prassi devianti, possibili rimedi*, in *Arch. pen.*, 3, 2019, 15.

[37] Ad esempio, quella per cui «Per la valutazione della condizione si tiene conto se il fatto risulta commesso con violenza alla persona o con odio razziale, se è riconducibile ad ambiti di criminalità organizzata o di terrorismo, anche internazionale, o di tratta degli esseri umani, se si caratterizza per finalità di discriminazione, e se la persona offesa è affettivamente, psicologicamente o economicamente dipendente dall'autore del reato».

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Le persone offese vulnerabili sono dunque individuate in base alla contestazione effettuata dal pubblico ministero e recepita dal giudice, se è in prima battuta dalla qualificazione giuridica per la quale il fatto di reato è iscritto che discendono rilevanti conseguenze[38]: prima fra tutte il binario privilegiato per la raccolta della testimonianza sia nella fase delle indagini che attraverso il ricorso all'incidente probatorio.

Su quest'ultimo aspetto, sono di recente intervenute le Sezioni Unite che hanno meglio delineato il carattere della «vulnerabilità», sebbene con specifico riguardo all' accesso all'incidente probatorio[39]. Il tema vede contrapposti due interessi in gioco, egualmente meritevoli di tutela, che confliggono irrimediabilmente: quello dell'imputato di difendersi e quello della vittima di non subire nuovi traumi, tra cui il «trauma del processo»[40]. È noto infatti che, soprattutto nei processi per abuso, l'escussione testimoniale della vittima provoca un fenomeno di vittimizzazione secondaria[41]: il trauma di rivivere in pubblico lo shock subìto provoca un nuovo shock indotto dal processo, donde l'indicazione – proveniente anche da fonti sovranazionali – di evitarlo ove gli strumenti processuali lo consentano[42].

Proprio con riferimento a questa esigenza il menzionato d.l. n. 212/2015 ha inserito nell'art. 392 una nuova ipotesi di incidente probatorio, prevedendo che il pubblico ministero – anche su richiesta della persona offesa – o l'accusato possano chiedere che nei casi di vulnerabilità si proceda con tale strumento processuale all'assunzione della testimonianza dell'offeso (art. 392, comma 1 *bis*)[43].

[38] È l'organo requirente a definire l'oggetto riguardo al quale sarà esercitata la giurisdizione e a far sorgere in capo all'autorità giudicante il potere-dovere di adottare una decisione: si richiama, sul punto, L. Lombardo, *Il controllo del giudice sull'imputazione e i poteri del pubblico ministero*, in *Giur. mer.*, 2009, 2618 ss.

[39] Cass., S.U., 18 marzo 2025 (ud. 12 dicembre 2024), n. 10869.

[40] Così definito in dottrina da P. Tonini, *L'incidente probatorio nell'udienza preliminare: nuove prospettive per il diritto di difesa*, in *Cass. pen*., 1994, 1251.

[41] Secondo una recente definizione della Corte Costituzionale, la vittimizzazione secondaria «è quel processo che porta il testimone persona offesa a rivivere i sentimenti di paura, di ansia e di dolore provati al momento della commissione del fatto» (Corte Cost., n. 92 del 2018).

[42] La stessa Corte di Cassazione ha più volte ricordato che «la pluralità delle audizioni della persona offesa ne determina necessariamente l'usura» (Cass.,11 luglio 2024 (ud. 10 marzo 2024), n. 32764).

[43] Quando procede per reati caratterizzati da una forte vittimizzazione, «il pubblico ministero, anche su richiesta della persona offesa, o la persona sottoposta alle indagini possono chiedere che si proceda con incidente probatorio all'assunzione della

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

Sin dall'entrata in vigore della nuova previsione di incidente probatorio per i processi con vittime vulnerabili, in giurisprudenza si è però creato un contrasto interpretativo. Ci si è chiesti infatti se, a fronte della richiesta avanzata dal pubblico ministero di procedere ai sensi dell'art. 392, il giudice sia obbligato ad attivare lo strumento processuale invocato o se conservi un margine di discrezionalità nell'apprezzare sia la effettiva vulnerabilità della vittima che la concreta indifferibilità dell'atto; in altri termini, se tale discrezionalità risulti già esaurita dall'esercizio dei poteri qualificatori del pubblico ministero. Ebbene, superando il precedente orientamento, la Corte ha stabilito che non vi sono margini di discrezionalità del Giudice, che è dunque obbligato a procedere con incidente probatorio nel caso di richiesta riguardante vittime vulnerabili[44].

La scelta di campo operata dalla Corte di Cassazione nella sua espressione massima è quella di garantire la piena tutela della vittima vulnerabile, al punto da comprimere al minimo il sindacato del giudice, ridotto alla sola verifica delle condizioni di ammissibilità, valorizzando ulteriormente la scelta qualificatoria già effettuata dal pubblico ministero. L'interpretazione sancita, in definitiva, consacra il percorso di affermazione del ruolo della vittima nel procedimento penale, riconoscendo profili – pur *lato sensu* – riconducibili alla disabilità sensoriale; compiendo per questa via un decisivo passo nel percorso tracciato negli ultimi anni dal legislatore sulla spinta delle fonti sovranazionali[45].

testimonianza di persona minorenne ovvero della persona offesa maggiorenne, anche al di fuori delle ipotesi previste dal comma 1. In ogni caso, quando la persona offesa versa in condizione di particolare vulnerabilità, il pubblico ministero, anche su richiesta della stessa, o la persona sottoposta alle indagini possono chiedere che si proceda con incidente probatorio all'assunzione della sua testimonianza».

[44] La massima estratta dalla pronuncia in esame non potrebbe essere più chiara sul punto: «è viziato da abnormità ed è, quindi, ricorribile per cassazione il provvedimento con il quale il giudice rigetti la richiesta di incidente probatorio, avente ad oggetto la testimonianza della persona offesa di uno dei reati compresi nell'elenco di cui all'art. 392, comma 1 *bis*, primo periodo, cod. proc. pen., motivato con riferimento alla non vulnerabilità della persona offesa e alla rinviabilità della prova, trattandosi di presupposti presunti per legge».

[45] Così F. Trapella, *La tutela del vulnerabile,* cit., 12.

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

6. *Conclusioni: il ruolo della giurisprudenza*

Al termine di questo percorso ricostruttivo, appare invero singolare come la categoria della vulnerabilità sia, da un lato, corredata da una ampia serie di tutele, dall'altra sia riconosciuta esclusivamente alla persona offesa dal reato, che nel «nuovo» codice del 1989 acquista un'importanza esponenziale[46]. Lo strabismo del legislatore emerge proprio nella divaricazione degli strumenti di protezione offerti alla vittima vulnerabile, da un lato, all'indagato/imputato disabile, dall'altro: strumenti, in quest'ultimo caso, alquanto scarni, attesa l'incompiutezza della trama normativa, ancora intrisa di quella scarsa sensibilità rivolta al soggetto disabile avvertita nell'epoca di emanazione del nuovo codice di rito[47].

Si è osservato, nondimeno, quale straordinario carattere propulsivo abbia, *in subiecta materia*, la giurisprudenza, la quale – complice una nuova stagione di arricchimento culturale delle questioni sociali trasfuse in quelle giuridiche[48] – ha concesso ampi spazi ad una rivalutazione della questione, anche attraverso l'art. 2; nel particolare – ma decisivo – aspetto dell'obbligo della Repubblica di intervenire per la realizzazione di condizioni di effettiva eguaglianza sostanziale, che garantisce ai cittadini la tutela dei loro diritti inviolabili non solo come singoli, ma anche nelle formazioni sociali in cui si svolge la loro personalità; d'altro canto, la diversità, nell'apertura costituzionale, assume un significato più ampio in relazione all'accrescimento delle conoscenze sociali e scientifiche, rendendo fondamentale l'azione legislativa al fine di riequilibrare il panorama giuridico a servizio dell'uomo, ed in

[46] Sul punto, in dottrina, cfr. P. Rivello, *Riflessioni sul ruolo ricoperto in ambito processuale dalla persona offesa dal reato e dagli enti esponenziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 608 ss.; A. Sette, *La persona offesa nel nuovo codice di procedura penale*, in *Cass. pen*., 1991, 1907.

[47] Che, ad ogni modo, per alcuni autori non si sarebbe del tutto affrancato dagli schemi «rigidi» del codice fascista: A. Gerardi, *Disabilità sensoriale*, cit., 260; A. Sette, *La persona offesa,* cit., 1910.

[48] Che ha i suoi prodromi nella stagione avviata negli anni Settanta: si veda la «rivoluzionaria» relazione di S. Rodotà, *Intervento*, in *Atti del 1° congresso scientifico internazionale. La prevenzione degli handicaps e diritti civili degli handicappati* (Roma 27 maggio - 1° giugno 1978), Roma, s.d., 479; più in generale, sull'eredità «giuridica» di quegli anni, si veda da ultimo D. La Rocca, *Ripensare l'eredità degli anni Settanta: diritto, politica e società nelle fasi di transizione*, in *Teoria e Critica della Regolazione Sociale*, 2024, 225 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

specie del soggetto fragile: sia esso la persona offesa «vulnerabile», sia esso l'indagato/imputato disabile.

Una corrispondenza binaria che, tuttavia, meriterebbe di essere superata[49], se è vero che la sentenza del Giudice delle Leggi n. 65/2023 si traduce in una elevata considerazione nei riguardi di una persona che non solo non può partecipare coscientemente e/o attivamente al processo, ma che, a qualunque titolo, versa in una condizione di oggettiva vulnerabilità per motivi di salute. E non potrebbe che essere così: la tutela della salute (art. 32 Cost.) è un valore che prevale sulle esigenze di giustizia[50].

Può concettualmente sostituirsi una diversa associazione duale: quella che vede da un lato le tutele (che oggi sembrano attagliarsi perlopiù alla persona offesa) e dall'altro le garanzie, che valgono per l'imputato e che debbono – o dovrebbero – valere *a fortiori* per quell'imputato che oltre al «peso» del procedimento – e di eventuali accertamenti rivolti alla sua persona, alla sua (in)capacità[51] – deve gravemente sopportare il peso della propria disabiltà: tutti strumenti processuali il cui obiettivo ultimo, nella prospettiva qui indagata, dovrebbe essere quello di accoppiare il giusto processo alla garanzia per la persona fragile di una vita dignitosa[52].

E che si vada gradualmente in questa direzione, lo fa ben sperare l'evoluzione della giurisprudenza che è stata illustrata.

[49] Già in dottrina si registrano valenti lavori ricognitivi che considerano la fragilità quale elemento processuale «neutro», al pari della vulnerabilità, trasversali alle parti del processo: cfr. A. Marandola, G. Spangher, *Presentazione*, in A. Marandola, G. Spangher (a cura di), *La fragilità della persona,* cit., XVII ss.

[50] È la lettura che ne dà M. Grande, *La causa di improcedibilità per incapacità irreversibile dell'imputato: note e spunti a margine della Corte Costituzionale n. 65/2023*, in *Leg. pen.*, 17 ottobre 2023.

[51] Sebbene la dottrina abbia affermato la possibilità di sostituire la perizia con la semplice acquisizione nel processo della documentazione comprovante lo stato di incapacità: cfr. A. Gualazzi, *Gli accertamenti volti a verificare identità fisica, età e capacità processuale dell'imputato*, in M. Montagna (a cura di), *La giustizia penale differenziata. Gli accertamenti complementari*, Torino, 2011, 418 ss.

[52] M. Paladini, *Prefazione*, cit., X.

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Paolo Morozzo della Rocca

La protezione dell'adulto fragile straniero. Aspetti problematici

Sommario: 1. Le due questioni suscitate dal fenomeno migratorio riguardo agli istituti giuridici di protezione degli adulti – 2. Il riconoscimento in Italia dei provvedimenti stranieri di protezione dell'adulto fragile. – 3. La sfiducia prevale sulla regola del riconoscimento automatico. – 4. I rimedi, anche d'urgenza, contro il disconoscimento in via amministrativa. – 5. Ancora non conta la residenza: è applicabile la *lex patriae*. – 6. Un «nuovo» che attende da tempo: la Convenzione de L'Aja del 13 gennaio 2000 sulla protezione internazionale degli adulti. – 7. Sugli attuali orientamenti della giurisprudenza. – 8. La claudicante pubblicità dell'amministrazione di sostegno a protezione del cittadino straniero.

1. *Le due questioni suscitate dal fenomeno migratorio riguardo agli istituti giuridici di protezione degli adulti*

Negli ultimi trent'anni gli istituti di protezione degli adulti sono stati oggetto di importanti riforme in molti ordinamenti giuridici nazionali, orientate a favore della conservazione e della promozione della sfera di autodeterminazione del soggetto, pur entro limiti di ragionevolezza la cui determinazione, in astratto, è sempre problematica[1].

[1] Sul tema del bilanciamento tra diritto all'autodeterminazione e protezione oggettiva degli interessi del soggetto vulnerabile è autorevolmente intervenuto il Comitato per i diritti delle persone con disabilità, General Comment n. 1 del 19.5.2014, par. 22 e par. 27 (quest'ultimo come modificato dal General Comment – a corrigendum del n. 1 – del 26.1.2018) richiamando la necessità di privilegiare le preferenze del soggetto sostenuto anziché il suo migliore interesse in senso solo oggettivo. Personalmente ritengo però che la linea di confine non superabile dall'autodeterminazione del soggetto vulnerabile debba essere data dalla prevenzione in concreto di un pregiudizio personale oppure di un pregiudizio economico tale da prevalere sul benessere prodotto dalla libera autodeterminazione. Rimane dunque necessaria, per valutare tale limite, la presenza vigile di una figura di protezione. Sul punto cfr., tra molti, da C. Parra Rodriguez, *El cambio de paradigma de la discapacidad: el modelo inclusivo en las*

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

Il concetto di «capacità vulnerabile» si addice più di quello di «incapacità» all'evoluzione in atto nelle discipline nazionali (almeno alcune) e soprattutto alle indicazioni provenienti dalla Convenzione delle nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità (in specie: psichica). Evoluzione che conduce a modificare non poco l'assetto delle attività giuridiche consentite o impedite a persone con disagio psichico o disabilità incidenti sulla capacità di gestire relazioni a rilevanza giuridica[2].

Partecipe di questa evoluzione, sia pure non senza importanti criticità, l'ordinamento giuridico italiano offre tutele che non sono invece presenti presso molti altri ordinamenti dove a una minore attenzione per la popolazione portatrice di disabilità corrispondono spesso gravi crisi sociali, politiche e istituzionali. In tali contesti non v'è da stupirsi che la stessa legislazione in materia di protezione degli adulti sia rimasta, almeno in alcuni di quei paesi, quella dei codici adottati sulla falsariga di quelli vigenti il secolo scorso negli ordinamenti dei paesi europei già colonizzatori[3].

Da molto tempo ormai una folta e stabile presenza di stranieri immigrati nel nostro Paese dà occasione ai giudici tutelari di provvedere riguardo alla protezione di adulti stranieri fragili, per malattia, per infortunio o comunque perché portatori di specifiche disabilità che

relaciones transfronterizas, in *Anuario espanol derecho int. priv*., 2021, vol.65,65 ss. Il tema è oggetto di vivace dibattito nella civilista italiana, su stimolo anche di recenti epifanie legislative straniere. Cfr., tra gli altri, G. Carapezza Figlia, *Guarda de hecho e sostegno di fatto. Per un adeguamento interpretativo delle misure di protezione delle persone vulnerabili*, in *Fam.dir.*, 2024,283 ss.ID, *Amministrazione di sostegno: una rilettura assiologica*, in *Rass. dir. civ*., 2024,817 ss.; G. Lisella, *L'amministrazione di sostegno. Itinerario di una esperienza di studio*, Pisa, 2024, 32 s.

[2] Cfr. M.G. Bernardini, *La capacità vulnerabile*, Napoli, 2021, spec. 45 ss.

[3] Esemplificativamente, cfr. Il Code des personnes et de la famille del Burkina Faso, in vigore dal 1989, che, all'art. 552 introduce un ampio ventaglio di cause di possibile incapacitazione: «Sont considérées comme incapables protégés (…) 2° les majeurs dont les facultés mentales et corporelles sont altérées par une maladie, une infirmité ou un affaiblissement dû à l'age et qui empêchent la libre expression de leur volonté; 3° les majeurs qui, par leur prodigalité, leur intempérance ou leur oisiveté s'exposent à tomber dans le besoin ou à compromettre l'exécution de leurs obligations familiales». Inoltre, in via provvisoria (due mesi, prorogabili per altri sei) un adulto burkinabè, nelle condizioni di cui all'art. 552 citato può essere sottoposto a un regime di «protection de la justice» su segnalazione del medico curante o del direttore della struttura che lo ospita. La decisione, inappellabile, è presa dal giudice tutelare. I due istituti di protezione non provvisori sono invece la tutela (che equipara l'adulto protetto al minore privo di capacità di agire) e la curatela.

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

incidono sulla loro capacità di autodeterminazione[4]. Al riguardo non si pone un problema di giurisdizione[5], quanto di individuazione della legge applicabile[6]. Problema questo su cui si è ormai formata una discreta giurisprudenza.

Un secondo ordine di questioni si pone invece per quegli stranieri che, ormai residenti o comunque soggiornanti nel nostro Paese, sono già stati raggiunti (di solito ancor prima della partenza per l'Italia) da un provvedimento delle autorità nazionali competenti che li sottopone a una qualche forma di protezione.

Benché riguardo a questa seconda problematica la giurisprudenza abbia avuto minori occasioni di coinvolgimento, si registrano nella prassi non poche difficoltà riguardo al riconoscimento dell'efficacia in Italia di tali provvedimenti da parte delle autorità amministrative interpellate.

2. *Il riconoscimento in Italia dei provvedimenti stranieri di protezione dell'adulto fragile*

Riguardo ai cittadini di paesi che non sono membri dell'Unione europea la disciplina del riconoscimento in Italia dei provvedimenti che incidono sulla capacità di agire del soggetto è contenuta, in via residuale, agli artt. dal 64 al 67 della l. n. 218 del 1995, applicabili solo in assenza di una convenzione di diritto internazionale privato che si esprima sulla medesima materia[7].

[4] Su cui, sin d'ora, cfr. G. Arconzo, *La condizione giuridica delle persone straniere con disabilità. Percorsi di ricerca nella prospettiva delle discriminazioni multiple*, in *www.dirittoimmigrazionecittadinanza.it*, 2022, 3, 149 ss.; V. Itri e G. Vanore, *La tutela legale dei rifugiati con disabilità*, in G. Griffo, L. D'Errico (a cura di), *I rifugiati e i richiedenti asilo con disabilità*, Milano-Udine, 2019, 95 ss.

[5] Ormai generalmente riferita al paese di residenza o di domicilio dell'interessato. Al riguardo la dottrina è solita considerare la cittadinanza come un criterio di giurisdizione da evitare in quanto criterio esorbitante. Per una ricognizione bibliografica al riguardo cfr. S. Tonolo, *Luci e ombre: il diritto internazionale privato è strumento di contrasto allo sfruttamento della povertà o di legittimazione dell'ingiustizia?*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2024, 1096 e nota 45.

[6] Il criterio di collegamento è in ogni caso riferito alla posizione del destinatario degli effetti del provvedimento e non ad altre parti del procedimento, ponendosi questioni, al riguardo, solo quando il provvedimento incida su più soggetti con diversa cittadinanza e residenza. Sul punto, M. Stella, *Volontaria giurisdizione: profili internazional-processuali*, in *Giur. it.*, 2021, 450 ss.

[7] Cfr., da ultimo, App. Roma, 24.7.2025, inedita, r.g. 3500/2023

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

Va peraltro osservato come non sussista di solito soverchia differenza tra i requisiti per il riconoscimento del provvedimento straniero posti dalle singole convenzioni e quelli richiesti dagli artt. 64 ss. della l. n. 218/1995, a termini del quale detti provvedimenti hanno automaticamente effetto quando essi sono stati pronunciati dalle autorità dello Stato la cui legge è richiamata dalle norme italiane di collegamento oppure quando essi producano effetti «nell'ordinamento di quello Stato, anche se pronunciati da autorità di altro Stato, purché non siano contrari all'ordine pubblico e siano stati rispettati i diritti essenziali della difesa»[8].

È opinione diffusa, anche se controversa, quella secondo cui rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 65 della l. n. 218/1995 anche i provvedimenti adottati da autorità diverse da quella giudiziaria[9]. Tuttavia, poiché in materia di protezione degli adulti la limitazione della capacità di agire incide sul diritto fondamentale all'autodeterminazione della persona, è difficile poter ritenere che ciò possa avvenire ad opera di un'autorità amministrativa (diverso il caso dei provvedimenti riguardanti la tutela dei minori) presso la quale dovrebbe trovare adeguata tutela il diritto di difesa dell'interessato nell'ambito di un procedimento contenzioso). La procedura giudiziaria di delibazione si rende necessaria unicamente in caso di contestazione del riconoscimento del provvedimento, oppure ove sia necessario adottare un conseguente provvedimento per la sua esecuzione.

Peraltro, a fronte della varia natura dei provvedimenti riguardanti la protezione delle persone diminuite nella loro capacità, deve essere considerato altresì l'art. 66 della medesima legge, che si premura di

[8] Cfr. G. Carella, *Sentenze civili e atti stranieri*, in *Enc. dir., Annali*, IX, Milano 2016, par. 8. L'apertura al riconoscimento automatico, ora a livello universale e non più solo convenzionale, riprende un'analoga opzione accolta nel codice di rito del 1865, la quale però era limitata dall'ambigua clausola della sua applicazione nel solo ambito degli Stati «civili». Come nota F. Salerno, *Il riconoscimento delle decisioni e degli atti pubblici (lato sensu) stranieri*, in C. Campiglio, *Un nuovo diritto internazionale privato*, Cedam, Padova, 2019,10, «130 anni dopo, il legislatore del 1995 riprendeva lo stesso principio nella prospettiva contemporanea di una società aperta verso qualsivoglia autorità giudiziaria straniera perché comunque espressione di un ordinamento "sovrano"».

[9] Tassonomia in realtà aperta e capace di accogliere qualsiasi provvedimento autoritativo che produca effetti giuridici sullo stato della persona, quale quello emesso da un'autorità religiosa cui siano riconosciuti poteri in materia civile. In senso contrario: App. Firenze 19 aprile 1999, in *Foro it*., 2000, c. 622

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

estendere ai provvedimenti di volontaria giurisdizione i requisiti per il riconoscimento già previsti all'art. 65, in quanto compatibili[10].

Va peraltro sottolineato che la contrarietà all'ordine pubblico rileva all'atto del recepimento del provvedimento straniero come un'eccezione, sicché all'operatore giuridico è richiesto di non ostacolare l'effettività del provvedimento straniero ove non rilevi in concreto tale contrarietà, la quale non va riferita alla legge straniera in sé ma ai suoi concreti effetti sull'atto prodotto[11]. Si pensi ad esempio al caso, postosi effettivamente davanti a un giudice spagnolo, della legge marocchina sulla protezione dei figli, che privilegia come prima scelta quale tutore il padre e solo successivamente la madre[12]. Sicuramente contraria all'ordine pubblico internazionale spagnolo (e certamente anche a quello italiano) la nomina apriori del padre non potrebbe trovare effetto in Spagna a fronte della sua contestazione da parte della madre o in considerazione dell'eventuale inidoneità del padre. Ma non sarebbe stato ragionevole negare effetto a quello stesso provvedimento lasciando il figlio, ormai maggiorenne, senza tutela in Spagna, nonostante l'assenso della madre e in assenza di elementi che indicassero l'inidoneità del padre all'ufficio svolto[13].

[10] Così T. Ballarino, M.E. Ballarino, I. Pretelli, *Diritto internazionale privato italiano*, Cedam, Padova, 2016, 157, nonché 127: «La norma rafforza l'art. 65 estendendone la portata sino a coprire il territorio, dai confini spesso imprecisi, degli atti di volontaria giurisdizione».

[11] Riguardo all'agire della clausola della contrarietà all'ordine pubblico quale motivo di diniego del riconoscimento del provvedimento straniero permane il dissidio tra chi ritiene che tale clausola vada riferita al provvedimento in sé (cfr., A. Bellelli, *La irriconoscibilità nell'ordinamento italiano del provvedimento straniero di scioglimento del matrimonio fondato sul ripudio*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2021, 2, 422 ss.) e chi invece, a mio avviso ragionevolmente, la riferisce agli effetti in concreto prodotti dal provvedimento o, quando siano in gioco diritti procedimentali, dagli effetti svolti dalle norme processuali sul procedimento (così, tra gli altri, O. Feraci, *Una sentenza iraniana di divorzio unilaterale non è contraria, nei suoi effetti concreti, all'ordine pubblico internazionale*, in *Fam. dir*., 2023, 1086 ss. In quest'ultimo senso cfr. altresì Cass. civ., 8 marzo 2023, n. 6920

[12] Sul punto l'Audencia Provincial del 2 novembre 2016, n. 14068 riferita da C. Parra Rodriguez, *op. cit*., 82.

[13] Come nota G. Carella, *Sentenze civili*, cit. par. 8, per un verso «l'applicazione di una legge di per sé non contraria all'ordine pubblico può produrre, nella particolare ipotesi e alla luce degli elementi concreti del caso, effetti non compatibili con gli orientamenti etici, morali, economici, morali e sociali prevalenti» ma per altro verso può ben accadere che una legge teoricamente contraria all'ordine pubblico del

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

Poiché si tratta pur sempre di provvedimenti di natura giurisdizionale[14], è stato ritenuto che sia altresì applicabile, in alternativa al citato art. 65, anche l'art. 64 della medesima l. n. 218/1995, a termini del quale «la sentenza straniera è riconosciuta in Italia senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento quando: a) il giudice che l'ha pronunciata poteva conoscere della causa secondo i princìpi sulla competenza giurisdizionale propri dell'ordinamento italiano; b) l'atto introduttivo del giudizio è stato portato a conoscenza del convenuto in conformità a quanto previsto dalla legge del luogo dove si è svolto il processo e non sono stati violati i diritti essenziali della difesa; c) le parti si sono costituite in giudizio secondo la legge del luogo dove si è svolto il processo o la contumacia è stata dichiarata in conformità a tale legge; d) essa è passata in giudicato secondo la legge del luogo in cui è stata pronunziata; e) essa non è contraria ad altra sentenza pronunziata da un giudice italiano passata in giudicato; f) non pende un processo davanti a un giudice italiano per il medesimo oggetto e fra le stesse parti, che abbia avuto inizio prima del processo straniero; g) le sue disposizioni non producono effetti contrari all'ordine pubblico».

La decisione su quale delle due norme invocare spetta però allo straniero interessato, il quale terrà probabilmente conto della maggiore fruibilità dell'art. 65 rispetto alla norma che lo precede[15]. Con l'art. 65 in effetti il riconoscimento automatico è consentito a condizioni semplificate sia riguardo all'efficacia sostanziale, sia riguardo all'effetto di regiudicata. Il ricorso all'art. 64 potrebbe tuttavia essere reso necessario quando manchino i presupposti di operatività dell'art. 65 e, in particolare, il requisito (non previsto all'art. 64) per il quale i «prov-

foro possa, «nel caso specifico, essere applicata in modo tale da non ledere l'ordine pubblico».

[14] Secondo A. Davì, *Il riconoscimento delle situazioni giuridiche costituite all'estero nella prospettiva di una riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int*., 2019, 2, nota 34, «i "provvedimenti" in questione (che, sebbene genericamente definiti così dalla disposizione, hanno in realtà natura di sentenza, come emerge dal confronto con l'art. 66, che estende la riferita disciplina agli atti di volontaria giurisdizione relativi a qualsiasi materia) vengono infatti riconosciuti nel loro pieno valore di atti giurisdizionali e sono quindi ammessi ad esplicare anche in Italia l'efficacia di giudicato e la forza esecutiva di cui sono dotati nell'ordinamento di origine».

[15] Cfr. O. Lopes Pegna, *I procedimenti relativi all'efficacia delle decisioni straniere in materia civile*, Padova, 2009, 12 s.

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

vedimenti» in questione devono essere stati assunti dalle autorità dello Stato la cui legge sia quella richiamata dalle norme di conflitto[16].

Occorre infine avere riguardo al successivo art. 66 per il riconoscimento degli atti di volontaria giurisdizione, i quali pure possono riguardare misure di protezione dell'incapace, a ulteriore conferma che i criteri di collegamento avrebbero maggiore chiarezza se ne fosse adottato uno concernente l'intera sfera dei provvedimenti di protezione dell'adulto vulnerabile.

3. *La sfiducia prevale sulla regola del riconoscimento automatico*

Queste disposizioni (con le quali l'Italia ha abbandonato il precedente sistema di riconoscimento non automatico dietro valutazione giurisdizionale, con giudizio di delibazione preventivo presso la Corte d'Appello) hanno comunque l'obiettivo di civiltà giuridica di assicurare, nei limiti del possibile, la continuità spaziale delle misure di protezione, di modo che il soggetto dichiarato in qualche misura incapace non se ne trovi sguarnito, con conseguenze talvolta davvero gravi, nel momento in cui, trovandosi lontano dal proprio Paese di cittadinanza, ne avrebbe più bisogno[17].

Detto obiettivo è senz'altro conforme a quanto stabilito dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità del 13 dicembre 2006, con particolare riguardo agli artt. 12, par. 3 (Gli Stati Parti adottano misure adeguate per consentire l'accesso da parte delle persone con disabilità al sostegno di cui dovessero necessitare per esercitare la propria capacità giuridica); 18 (Libertà di movimento transfrontaliero); 19 (Vita indipendente ed inclusione nella società) e soprattutto 32, par. 1, ove è disposto che gli Stati Parti riconoscano «l'importanza della cooperazione internazionale e della sua promozione, a sostegno degli sforzi dispiegati a livello nazionale per la realizzazione degli scopi e degli obiettivi della presente Convenzione», e adottino «adeguate ed efficaci misure in questo senso, nei rapporti reciproci e al proprio interno».

[16] Giurisprudenza in tal senso, a partire da Cass. civ., 28 maggio 2004, n. 10378. In dottrina cfr. P. Picone, *Sulla complementarità tra gli artt. 64 e 65 l. 218/95 di riforma del diritto internazionale privato, ai fini del riconoscimento in Italia di sentenze straniere*, in *Int'l Lis*, 2005, 124 ss.

[17] Lo ricorda tra gli altri P. Franzina, *La protezione degli adulti nel diritto internazionale privato*, Milano, 2012, 63.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

Talvolta il provvedimento straniero trova pratica attuazione in Italia mediante trascrizione in pubblici registri (ad esempio dello stato civile, come nel caso del matrimonio celebrato all'estero) ma così non è riguardo al provvedimento di incapacitazione del cittadino straniero deciso nel Paese di provenienza, il quale dovrebbe svolgere i suoi effetti direttamente (in mancanza dei motivi ostativi indicati dalla norma di riferimento) purché tradotto e legalizzato. In tal caso, quindi, il riconoscimento di effetti giuridici in Italia non avviene una volta per tutte da parte di un'unica autorità designata ma deve essere attuato di volta in volta in relazione ai singoli effetti che interessano il richiedente.

Uno di questi effetti è dato dalla rilasciabilità dell'autorizzazione al soggiorno che possa essere giustificata, a termini di legge, dalla condizione giuridica di rappresentanza legale dell'incapace da parte di un soggetto di cittadinanza italiana oppure di cittadinanza straniera ma che sia già regolarmente soggiornante in Italia.

Sembra però che presso le questure – o almeno presso alcune tra le più importanti per bacino di utenza – il provvedimento straniero, per quanto tradotto e apostillato, non venga comunque considerato efficace sicché – dopo inutile attesa – il rappresentante legale dell'adulto protetto viene invitato a ripresentarsi presso gli uffici solo dopo avere ottenuto dal giudice italiano un nuovo e diverso provvedimento (di solito declinato in un'amministrazione di sostegno dell'adulto o nel decreto di tutela).

4. *I rimedi, anche d'urgenza, contro il disconoscimento in via amministrativa*

Nella sua solo apparente banalità, tale prassi sovverte il sistema di diritto internazionale privato italiano riguardo ai meccanismi di riconoscimento del provvedimento straniero, risultando essenziale per gli interessati esserne consapevoli, sin dall'inizio, malgrado la contro-evidenza costituita dagli enunciati del diritto legislativo.

Nella vigenza di tali prassi – illegittime ma comunque efficaci in via di fatto – all'interessato (dunque al rappresentante legale della persona affidata nel Paese d'origine alle sue cure) converrà agire in primo luogo davanti al giudice perché lo costituisca/confermi nel suo ufficio.

Vero è che, se dovesse essere davvero rispettato il disposto di cui all'art. 67, l. 218/2005, la Questura dovrebbe notificare un rifiuto motivato dal mancato riconoscimento del provvedimento straniero di

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

nomina del rappresentante legale dello straniero incapace. Non è questa però l'attitudine concreta degli uffici[18].

In caso di esito positivo del ricorso alla corte d'appello, il rappresentante legale dell'incapace avrebbe finalmente la legittimazione per richiedere l'autorizzazione al soggiorno per il rappresentato, ma giunto a quel punto sarebbero ormai passati tra i due e i tre anni dall'iniziale richiesta del permesso di soggiorno, cui aggiungere i tempi, anch'essi a volte dilatati, perché la Questura, acquisita la delibazione della Corte d'Appello, adotti il provvedimento di rilascio o di diniego dell'autorizzazione al soggiorno.

Considerando i doveri gravanti sullo Stato di residenza nei riguardi della persona con grave disabilità ai sensi della Convenzione O.N.U. del 2006 e l'impossibilità procurata a quest'ultima di poter usufruire delle diverse prestazioni altrimenti dovutele durante i suoi primi anni di soggiorno (burocraticamente ancora irregolare, ma in realtà del tutto legale) non mancherebbero le ragioni per richiedere un ristoro sia riguardo ai lunghi tempi della procedura giurisdizionale sia riguardo all'illiceità (nel frattempo constatata dalla corte d'appello) del diniego opposto dalla questura al riconoscimento in automatico del provvedimento straniero, purché detto provvedimento avesse i requisiti formali per essere effettivamente riconosciuto).

Sono però in pochi a seguire il cammino ora tracciato.

Accade infatti, comprensibilmente, che, davanti all'erronea richiesta da parte delle questure dell'esibizione di un nuovo provvedimento giudiziale domestico di protezione, gli interessati vi aderiscano prontamente, evitando di agire come invece indicato all'art. 67, l. n. 218/1995, senza che nemmeno dette questure debbano emettere un provvedimento formale di diniego, con onere di motivazione, lasciando cioè che il procedimento per il rilascio del permesso di soggiorno rimanga sospeso a tempo indeterminato, per poi essere archiviato o

[18] Le questure dovrebbero notificare il proprio rifiuto indicandone i motivi e segnalando la possibilità di impugnare tale diniego presso la Corte d'Appello a termini dell'art. 67, l. n. 218/1995. Sul punto G. Servetti, *Riconoscimento ed esecuzione delle decisioni giudiziarie*, in S. Bariatti, A.G. Danovi, *La famiglia senza frontiere*, Padova, 2008, 35. Nello stesso senso è l'indicazione fornita dagli ufficiali di stato civile. Si veda ad esempio la risposta al Quesito n. 1362, in *Lo stato civile italiano*, 2015, 2, 47, riguardo ad una ragazza romena affidata dalle autorità del suo Paese allo zio, nominato suo curatore e regolarmente residente in Italia, nei riguardi della quale su segnalazione dei servizi sociali era stata tuttavia avviata una procedura (inappropriata) di affidamento al medesimo zio.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

sostituito, talvolta, da un'autorizzazione al soggiorno provvisoria in considerazione dell'inespellibilità della persona con disabilità per mere ragioni di salute quando ve ne siano i requisiti di particolare gravità[19].

Per quanto inappropriata alla luce degli enunciati normativi, questa seconda opzione si è rivelata, sin qui, spesso vantaggiosa, se non altro perché i tempi del tribunale sono normalmente meno dilatati di quelli della corte d'appello. Occorre tuttavia che il giudice consideri le ragioni d'urgenza per l'adozione di un provvedimento provvisorio di protezione, che dovrebbe poi essere superato o dalla successiva delibazione «in via residuale» da parte della Corte d'Appello o dalla sopravvenuta inutilità di tale delibazione una volta che, ottenuto il permesso di soggiorno e dunque l'accesso alla residenza anagrafica, il rappresentante legale ottenga anche la trascrizione del provvedimento di tutela, curatela o quant'altro nei registri dello stato civile.

È dunque essenziale che tale percorso sia vestito d'urgenza e dunque caratterizzato da un petitum circoscritto, limitando così il rischio di una dichiarazione di incompetenza del giudice tutelare a favore della Corte d'Appello, in ossequio all'art. 67, l. n. 218/2005[20]. A questo proposito può essere comunque richiamato l'art. 43 della l. n. 218/1995 che, nella sua ultima parte, prevede che «per proteggere in via provvisoria e urgente la persona o i beni dell'incapace, il giudice italiano può adottare le misure previste dalla legge italiana», cui va abbinata la lettura dell'art. 405, comma 4, c.c., ove è disposto che, qualora ne sussista la necessità, il giudice tutelare adotti «anche d'ufficio i provvedimenti urgenti per la cura della persona interessata e per la conservazione e l'amministrazione del suo patrimonio», potendo altresì «procedere alla nomina di un amministratore di sostegno provvisorio» con l'indicazione degli atti che è autorizzato a compiere.

[19] Così, nel caso di una curatela brasiliana di un'adulta con disabilità giunta in Italia con la zia-curatrice, la locale questura ha rilasciato, sin dal 2022, una serie di permessi di soggiorno per cure mediche di durata inferiore a un anno seguiti poi, dopo un'attesa di circa tre anni, da quello, quinquennale, avendo nel frattempo la curatrice ottenuto la delibazione del provvedimento straniero in Corta d'Appello.

[20] È quanto accaduto, ad esempio, nel caso sottoposto allo scrutinio di Trib. Mantova, sez. I, decr. 10 maggio 2018, in *Fam. dir.*, 2019, 42 ss., con nota di R. Gelli, *Rappresentanza e cura del minore sottoposto a kafalah tra funzioni del kafil ed esclusione della tutela*. In quel caso i servizi sociali avevano richiesto al giudice un provvedimento di apertura della tutela e di affidamento di una minore algerina a una cittadina italiana che già ne risultava rappresentante e affidataria in forza di un provvedimento di kafala di diritto algerino.

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Detto percorso, in primo luogo esperibile nei casi in cui, in assenza di una figura tutoria e di rappresentanza legale, occorra prevederla nell'immediato rispetto a una singola esigenza o a un momento difficile, è a mio parere proponibile al fine di dare soluzione in tempi più brevi alla impossibilità di fatto o di diritto di valersi del rappresentante legale designato dal provvedimento straniero che non abbia al momento ottenuto riconoscimento e dunque efficacia presso l'amministrazione competente al ricevimento di una determinata domanda.

Si è fatto il caso dello straniero che veda per tali motivi non ricevuta la propria richiesta di un permesso di soggiorno per motivo di affidamento al tutore, ma potrebbe trattarsi anche della necessità, in urgenza, di legittimare una richiesta di accesso a una struttura di accoglienza, oppure di opporsi a un decreto di espulsione da cui sia stato attinto il rappresentato, caso, quest'ultimo, risolto alcuni anni fa dal giudice tutelare proprio con la nomina di un amministratore di sostegno provvisorio[21].

L'attinenza degli esemplificati procedimenti alla sfera dei diritti e degli interessi fondamentali della persona pare ben motivare l'adozione di provvedimenti d'urgenza il cui carattere provvisorio può utilmente precedere l'eventuale accertamento per via ordinaria dell'efficacia del provvedimento straniero disconosciuto dall'amministrazione compulsata.

5. *Ancora non conta la residenza: è applicabile la* lex patriae

Riguardo allo straniero già soggiornante in Italia, ove sopravvenga una condizione di diminuita capacità di intendere e di volere, dovrà esserne sollecitato il giudice civile italiano, ai sensi dell'art. 44 (ove è però decisivo il rinvio agli artt. 3 e 9) l. n. 218/1995, che gli attribuisce la competenza giurisdizionale sulla base dell'effettiva residenza o domicilio.

Si prescinde quindi dall'ambiguo concetto di «residenza legale», impropriamente identificato dall'art. 1, comma 2, lett.a) del d.P.R. n. 572/1993 (regolamento di esecuzione della l. n. 91/1992 sulla cittadinanza) nella residenza anagrafica dello straniero autorizzato al sog-

[21] Trib. Modena, 20 luglio 2009, in *Giur. merito*, 2010, 1521, con commento di E. Serrao, *Persone con disabilità e vecchie discriminazioni: nuovi strumenti di protezione dall'amministrazione di sostegno.*

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

giorno. Ciò che unicamente conta è invece il fatto della dimora abituale dello straniero, così come emerge dall'art. 43 c.c., a prescindere dalla regolarità o meno della sua posizione amministrativa di soggiorno.

Assicurata la giurisdizione, occorre tuttavia individuare la legge applicabile[22]. A questo riguardo occorrerebbe riferirsi alla norma di collegamento di cui all'art. 43, l. n. 218/1995, a termini della quale «i presupposti e gli effetti delle misure di protezione degli incapaci maggiori di età, nonché i rapporti fra l'incapace e chi ne ha la cura, sono regolati dalla legge nazionale dell'incapace», o comunque dalla legge cui la legge nazionale faccia eventualmente rinvio (che potrebbe anche essere, nel caso di «rinvio indietro», la stessa legge italiana)[23].

La portata applicativa della richiamata disposizione è limitata, molto utilmente, dalla possibilità di adottare comunque le misure previste dalla legge italiana per proteggere in via provvisoria e urgente la persona o i beni dell'incapace. Ciò anche al fine di evitare, data la situazione d'urgenza, che il provvedimento da adottare rimanga sospeso in attesa dell'accertamento della legge straniera[24].

[22] Come nota, tra gli altri, G. Carella, *Incapaci (dir. internaz. priv. e proc.). Agg. VI*, in *Enc.dir*., Milano, 2002, 86, la l. n. 218 del 1995 ha innovato rispetto al passato introducendo due diverse discipline riguardo, rispettivamente, alla protezione dei minori (oggi all'art. 42) e a quella dei maggiorenni incapaci. Ciò in ragione della rinnovata considerazione della posizione del minore (la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo è del 29 novembre 1989, mentre la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli è del 25 gennaio 1996) riguardo alla quale, in anticipo rispetto a percorsi in parte analoghi nell'ambito della protezione degli adulti, da maggior tempo è stato contestato il binomio età-incapacità. Di qui, poi, l'abbrivio per una più ampia rivisitazione e superamento della nozione di incapacità nella riflessione civilistica del periodo, su cui, per tutti, Cfr. A. Venchiarutti, *Incapaci*, in *Dig. disc. priv*., *Sez. civ.*, IX, 1993, 371 ss.

[23] Cfr. Trib. Belluno, decr. 1 agosto 2019, in *https://news.ilcaso.it/news_6810/12-11-19/Nomina_di_un_amministratore_di_sostegno_a_una_persona_di_cittadinanza_straniera-_giurisdizione_e_legge_applicabile*, ove il giudice, affermata l'applicabilità della legge nazionale, constata il rinvio indietro alla legge italiana ai sensi dell'art. 3 della legge macedone di diritto internazionale privato del 2007 (che invero pone un'eccezione all'applicazione della lege nazionale quando sussista, nell'interesse della persona, un più stretto legame con un altro ordinamento giuridico). Più risalente, nel medesimo senso, Trib. Pordenone 7 marzo 2002, in *Riv. dir. int. priv. proc*., 2002, 1052.

[24] Così, tra gli altri, C. Honorati, *Legge 31 maggio 1995, n. 218. Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato. Commentario*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1996, 1122.

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

In tali limiti, dunque, è possibile la nomina di un amministratore di sostegno provvisorio – e dunque con provvedimento ad efficacia limitata nel tempo (salva la sua rinnovazione) – le cui funzioni potranno però corrispondere a tutte le necessità di sostegno, assistenza e rappresentanza valutate dal giudice. Vertendosi in materia di diritti fondamentali della persona non è d'ostacolo alla nomina dell'amministratore provvisorio nemmeno la clausola di reciprocità di cui all'art. 16 disp. prel. , la cui applicazione sarebbe comunque esclusa riguardo agli stranieri regolarmente soggiornanti, nei limiti di cui all'art. 2, d.lgs n. 286 del 1998[25], ma non nei riguardi degli altri, a quel momento privi di autorizzazione al soggiorno.

Al di fuori di tale urgenza il giudice italiano dovrebbe però fare applicazione degli istituti di protezione previsti nell'ordinamento nazionale di cittadinanza del soggetto incapace o da dichiarare incapace ai fini della sua protezione (o quelli previsti nell'ordinamento cui la legge del paese di cittadinanza faccia rinvio)[26].

Tale opzione del legislatore parve a suo tempo giustificata dall'esigenza di eleggere quale criterio di collegamento il legame in assoluto più stabile che l'interessato possa avere con un ordinamento giuridico e dal quale, del resto, ancora oggi deriva altresì la legge applicabile più in generale alla disciplina sulla capacità di agire, come disposto all'art. 23 della l. n. 218/1995[27].

[25] In combinato disposto con l'art. 1 del d.p.r. n. 394/1999. Così Trib. Reggio Emilia, decr. 7.1.2008, in *https://old.asgi.it/home_asgi.php%3Fn=documenti&id=500&l=it.html*, disponendo nel caso di specie per l'amministrazione la durata di un anno.

[26] Cfr. G. Savorani, *Le mobili frontiere dell'amministrazione di sostegno: spunti per una revisione del sistema di protezione della persona*, in *Pol. dir*., 2006 1, 140 s.

[27] Di recente tali argomenti, sono stati ripresi da R. Marini, *Protezione degli adulti, tendenza espansiva dell'Unione Europea e diritto «delle persone e della famiglia». Riflessioni sulla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle misure e alla cooperazione in materia di protezione degli adulti*, in *Dir. fam. pers*., 2024, 935 ss. Al riguardo è da chiedersi se l'eventuale riforma dell'art. 43 non debba accompagnarsi a quella, in senso analogo, dell'art. 23. Sulla necessità di tale correlazione cfr. F. Mosconi, C. Campiglio, *Diritto internazionale privato e processuale*, Vol. II, *Statuto personale e diritti reali*, Utet, Torino, 2023, 53 s., ove si valorizza il nesso con l'art. 23 per quanto attiene alla capacità d'agire delle persone fisiche osservando che il richiamo della legge nazionale per l'accertamento dei presupposti delle misure di protezione previene difficoltà in ordine alla coerenza con le disposizioni nazionali riguardanti la capacità di agire.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

Il criterio della *lex patriae* valorizza il legame di cittadinanza che, specie in società d'immigrazione ormai storica, come l'Italia, può facilmente riguardare persone adulte non nate e mai vissute nel loro paese di origine, ma ignora il contesto sociale e relazionale nel quale è collocata la persona, contesto che invece risulta fondamentale ai fini degli obiettivi di una maggiore integrazione e partecipazione della persona con disabilità prescritti dalla Convenzione sui diritti delle persone con disabilità[28].

La dottrina non ha mancato di segnalare questa contraddittorietà del criterio di collegamento basato sulla cittadinanza dello straniero pur stabilmente residente in Italia (confermato dal legislatore nel 1995 quando già esso mostrava la sua inadeguatezza) anche rispetto alle direttive sostanziali della riforma della protezione degli adulti di cui alla l. n. 6/2024, benché questa non abbia per nulla affrontato la questione della sua applicabilità ai cittadini stranieri residenti in Italia.

Se, infatti, l'idea di fondo della legge sull'amministrazione di sostegno è quella di limitare il meno possibile l'autonomia e la partecipazione sociale della persona con disabilità, le norme di collegamento dovrebbero coerentemente privilegiare criteri, come quello della residenza effettiva, che «agevolino l'inclusione dell'interessato e che rendano efficace il sostegno che le autorità statali devono potergli assicurare»[29].

Una considerazione questa che coinvolge anche le espressioni di autodeterminazione per il futuro riguardo alla propria salute e alla propria (prevedibile o ipotizzabile) incapacità futura da parte della persona di cittadinanza straniera residente in Italia, fortemente ostacolata nell'esercizio di questa libertà dal richiamo legislativo all'applicazione di norme estranee all'ordinamento italiano e riguardo alle quali alla persona interessata non è data alcuna possibilità di preferire, se lo volesse, la legge italiana[30].

Purtroppo, il legislatore del 1995, pur ridimensionando in parte l'elemento della cittadinanza come criterio di individuazione della legge

[28] Ragioni già sufficienti per auspicarne il superamento, «anche indipendentemente dall'entrata in vigore della citata convenzione dell'Aja del 2000 nel nostro ordinamento, alla luce del principio dell'inclusione sociale e della tutela dei diritti fondamentali delle persone disabili». Così R. Clerici, *Alcune considerazioni sull'eventuale ampliamento del ruolo della residenza abituale nel sistema italiano di diritto internazionale privato*, in C. Campiglio, *Un nuovo diritto*, cit., 55

[29] Così P. Franzina, *L'amministrazione di sostegno*, cit., 40.

[30] Cfr, nuovamente, P. Franzina, *L'amministrazione di sostegno*, cit., 39.

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

applicabile[31], lo mantenne in materia di capacità, tenendosi in questo fedele alla tradizione manciniana del diritto internazionale privato. Fu così reiterato il medesimo atteggiamento, tra rifiuto e indifferenza, nei riguardi del fenomeno immigratorio già adottato nel 1992, quando per la stessa ragione aveva approvato una legge in materia di cittadinanza nata già vecchia. Analogo errore, del resto, fu fatto anche riguardo alla decisione di mantenere intatta, nel riformare il diritto internazionale privato, l'efficacia della clausola di reciprocità di cui all'art. 16 prel. (successivamente limitata, ma non abrogata, dall'art. 2, d.lgs 286/1998)[32].

È in questo clima politico-culturale, tra l'inconsapevolezza e il pregiudizio nei riguardi del fenomeno migratorio, che può comprendersi perché non sia stata colta l'opportunità di sostituire o di accompagnare il criterio di collegamento alla *lex patriae* con quello della residenza.

6. *Un «nuovo» che attende da tempo: la Convenzione de L'Aja del 13 gennaio 2000 sulla protezione internazionale degli adulti*

Opposta a quella mantenuta come propria dal legislatore italiani degli anni '90 è l'opzione fatta propria dalla Convenzione de L'Aja del 13 gennaio 2000 sulla protezione internazionale degli adulti. Come è stato osservato, la Convenzione de L'Aja, pur precedendola di diversi anni, appartiene al medesimo orizzonte di senso della Convenzione sui diritti delle persone con disabilità.

All'art. 13, par. 1, la Convenzione de L'Aja dispone che, nell'esercizio della loro giurisdizione, basata sulla residenza effettiva dell'adulto (o della sua semplice presenza riguardo al richiedente asilo) gli Stati membri applichino la loro legge invece di quella del paese di cittadinanza della persona da proteggere, senza disinteressarsi al bisogno

[31] Sul complessivo ridimensionamento della cittadinanza quale criterio di base della nuova normativa Cfr. R. Adam, *Commento alla normativa*, in *Giornale dir amm*., 1996, 2, 116 ss.

[32] Sul punto le considerazioni svolte da S. Scagliarini, *Lavoro autonomo*, in C. Panzera, A. Rauti, *Dizionario dei Diritti degli Stranieri*, Napoli, 2020, 365 ss.; F. Marrella, *Lo straniero e la condizione di reciprocità*, in F. Preite, *Trattato notarile, Atti notarili. Diritto comunitario e internazionale. Diritto internazionale privato*, Torino, 2011, 125 s. Sia altresì consentito il rinvio a P. Morozzo della Rocca, *Investitori e mecenati: l'esonero dalla verifica della condizione di reciprocità*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2018, 6, II, 949 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

di protezione dell'adulto cui accada di mutare il paese di residenza o si trovi a dimorare all'estero nel momento in cui occorra provvedere alla sua protezione[33]. Lo stesso art. 13, par. 2, consente al giudice, con clausola di salvaguardia, di applicare la legge di un altro Stato qualora sussista un criterio di utilità legittimato da un solido legame dell'ordinamento straniero con la persona da proteggere (ad esempio nel caso in cui occorra assicurare efficacia alla tutela del patrimonio della persona, collocato in quel paese terzo).

Una volta ratificata, la Convenzione sostituirebbe con efficacia universale il diverso criterio di collegamento basato sulla cittadinanza ed imporrebbe inoltre di non tenere mai conto del rinvio che la legge di residenza faccia ad altre leggi, rendendo così più certa la disciplina applicabile.

L'Italia ha sin qui tentato due volte di ratificare detta convenzione fallendo il primo tentativo a causa del termine della legislatura. Due disegni di legge, attualmente giacenti in Senato prevedono dunque la ratifica della Convenzione e la conseguente modifica dell'art. 43 della l. n. 218/1995, il quale nel nuovo testo proposto disporrebbe che «la protezione degli incapaci maggiori di età, compresa la loro rappresentanza, è in ogni caso regolata, quanto alla legge applicabile, dalla Convenzione sulla protezione internazionale degli adulti, fatta all'Aja il 13 gennaio 2000», con un rinvio che affermerebbe dunque l'applicazione della legge italiana agli adulti stranieri residenti nel nostro Paese e ai richiedenti asilo ivi presenti[34].

7. *Sugli attuali orientamenti della giurisprudenza*

La regola, a tutt'oggi vigente, di applicazione della legge straniera purtroppo produce inconvenienti gravi, anche considerando la sempre relativa capacità di conoscenza del diritto straniero applicabile, mai coincidente, ai fini di una effettiva comprensione, con il solo diritto legislativo preso alla lettera. Inoltre, una volta nominato il titolare

[33] Sull'impatto che questa convenzione avrebbe sui paesi membri dell'Unione europea, ove fosse recepita dal diritto unionale o fosse ratificata ed eseguita oltre l'attuale ristretto numero dei paesi aderenti, cfr. M. Drventic, *The Protection of Adults in the European Union*, in *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series*, 2019, 3, 803 ss.

[34] Si tratta del d.d.l. S 789, di iniziativa del Governo, e del d.d.l. S 223, di iniziativa parlamentare.

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

dell'ufficio di protezione in base alla normativa straniera applicabile, occorrerà altresì intervenire sullo svolgimento di detto ufficio, pur sempre facendo riferimento all'ordinamento giuridico straniero, ad esempio ai fini di speciali autorizzazioni, incompatibilità e altro.

Si è già accennato all'utilizzo delle procedure di richiesta di provvedimenti in via d'urgenza quale canale di fuga dal diritto altrimenti applicabile, procedure utilizzabili del resto anche nei riguardi di cittadini stranieri non residenti né abitualmente dimoranti in Italia, purché la misura da adottare sia necessaria per proteggere in via provvisoria ed urgente la persona pur solo temporaneamente presente o i beni dell'adulto bisognoso di protezione i quali siano a rischio sul territorio italiano[35]. A questi provvedimenti potrebbe poi, più facilmente, ad esempio nel caso del successivo rimpatrio, non seguire la conferma, o la diversa nomina, in via ordinaria dell'amministratore di sostegno o del tutore[36].

Da una pur approssimativa ricognizione della giurisprudenza emerge come l'applicazione della legge nazionale, presso la quale non di rado manca un istituto di protezione assimilabile all'amministrazione di sostegno, conduca talvolta il giudice civile a pronunciare l'interdizione dello straniero, specie ove l'incapacità dell'interessato risulti più evidente, senza porsi l'interrogativo sulla praticabilità o meno della diversa misura dell'amministrazione di sostegno, o ponendoselo con minore costrutto a causa della convinzione di essere vincolato all'applicazione del diverso istituto di protezione straniero[37]; dando

[35] Cfr, tra molte, Trib. La Spezia, decr. 10 marzo 2011, in *Nuova giur.civ.comm*, 2011, I, 815 ss. con il commento di G. Donadio, *Amministrazione di sostegno e tutela dello straniero*.

[36] Come nel caso esaminato da Trib. Modena., sez II civile, V.G. 1600/16 11 del 28 luglio 2016 (reperibile in *www.osservatoriofamiglia.it*) ove la nomina dell'amministratore era ordinata all'organizzazione del rimpatrio di un paziente ospedaliero psichiatrico nel suo paese di provenienza.

[37] L'adesione dell'Italia alla Convenzione de L'Aja del 13 gennaio 2000 sulla protezione internazionale degli adulti (cui il nostro Paese probabilmente non potrà esimersi nei riguardi della stessa Unione europea) quando avverrà dovrebbe ovviamente mutare questo stato di cose. Ciò in quanto l'art. 4 del d.d.l. presentato al Senato (Atto n. 789) prevede la modifica dell'art. 43 l. n. 218/1995 disponendo che «la protezione dei maggiori di età, compresa la loro rappresentanza, è, in ogni caso, regolata dalla legge individuata dalla convenzione sulla protezione internazionale degli adulti, fatta a L'Aja il 13 gennaio 2000», coinvolgendo dunque anche i cittadini di paesi non aderenti alla convenzione stessa. Al riguardo cfr. P. Franzina, *Un nuovo diritto internazionale privato della protezione degli adulti: le proposte della commissione europea*

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

così luogo a una differenziazione tendenzialmente sfavorevole rispetto ai residenti di cittadinanza italiana[38].

In altri casi il giudice ricorre, *ex* art. 14, l. n. 218/1995, alla clausola legale di esonero dall'applicazione della legge straniera perché non conoscibile; e ciò è accaduto persino nel caso di potenze regionali significative, come la Nigeria[39], o di paesi dotati da un solido stato di diritto, anche nel senso della conoscibilità e pubblicità delle fonti, come il Marocco[40]. Potrebbe dunque sembrare, questo, un escamotage per trarsi d'impaccio più rapidamente dal problema dell'individuazione della legge applicabile ma forse la spiegazione risiede nell'esigenza, piuttosto comprensibile, di evitare, anche nel prosieguo della misura di protezione, che, non solo il giudice, ma anche gli interessati e i loro avvocati, debbano attenersi a istituti che, anche quando si dimostrano grosso modo conformi a quelli italiani, mantengono tuttavia differenze che dovrebbero in teoria essere rispettate ed applicate senza che se ne abbia la medesima padronanza, diversamente da quanto l'operatore sperimenta nell'applicazione della disciplina italiana, nel cui diritto vivente egli è immerso, appesantendo così le relazioni tra l'autorità giudiziaria, le figure tutorie e gli stessi beneficiari; nonché patendo una serie di incertezze interpretative supplementari.

Benché non ve ne sia adeguata evidenza nella giurisprudenza pubblicata, consequenziale a questo stato di cose pare talvolta essere anche la disapplicazione della legge straniera mediante il ricorso all'art.

egli sviluppi attesi in Italia, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2023, 534 s.; P. Pasqualis, *L'amministrazione di sostegno e la Convenzione dell'Aja in materia di protezione internazionale degli adulti*, in S. Patti, *La riforma dell'interdizione e dell'inabilitazione*, Milano, Giuffrè, 2002, 97 ss.

[38] Appartengono a mio parere a questa modalità di valutazione Trib. Torino, sez. VII, 25/07/2022, n. 3334, in *DeJure*; Trib. Cuneo, sez. I, 22 febbraio 2017, n. 183, in *DeJure*; Trib. Cuneo, sez. I, 10/11/2016, n. 975; Trib. Rimini, sez. I, 05/04/2016, n. 476, in *DeJure.*

[39] Trib. Torino, sez. VII, 29/11/2021, n. 5245, in *DeJure*, ove si legge: «Preliminarmente occorre rilevare che, nel caso in esame di interdizione di cittadina straniera, si applica la legge italiana non essendovi possibilità di acquisire la legislazione nigeriana in materia ai sensi dell'art. 43 legge n. 218 del 1995. Si applica in questo caso il criterio residuale al quale si ispira il sistema di diritto internazionale privato (legge del domicilio)».

[40] Cfr. Trib. Verona, 11 marzo 2011, in *Fam.dir.*, 2012, 191 ss., con nota di E. Calò, *Amministrazione di sostegno e interdizione: disciplina applicabile all'incapace straniero*, il quale nota: «era realmente improba l'acquisizione della legge marocchina? Sul *web* si trova il *Code de la Famille* che si applica a tutti i cittadini, eccetto agli ebrei, che sono regolati dalla Halachà».

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

16 della l. n. 218/1995, per incompatibilità con l'ordine pubblico internazionale, dato che in tema di protezione degli incapaci la legge italiana è connotata da uno standard irrinunziabile di rispetto dei diritti della persona che trova ampio ma mobile presidio in detta clausola generale[41].

Iura novit curia: è questa, come è noto, la regola che si diffonde attraverso le pagine dei manuali ma che non sembra avere vita facile, né pratica conferma, nella prassi, come dimostra la richiesta tutt'altro che rara a colui che ha presentato l'istanza per la nomina dell'amministratore di sostegno o del tutore di voler lui stesso produrre al giudice la legge nazionale applicabile[42].

Si caratterizza per il suo ampio respiro ermeneutico una decisone del tribunale ambrosiano attraverso la quale la richiamata Convenzione de L'Aja sembra trovare una sia pur liminare accoglienza nel nostro diritto vivente, pur in attesa della sua ratifica[43].

[41] Peraltro, quello dei diritti delle persone sottoposte a provvedimenti di limitazione della capacità di agire è un tema non privo di ambiguità e complessità disciplinari sulle quali non è affatto sopito il dibattito nemmeno a livello domestico, ciò che rende ancor più mobili, al riguardo, i confini operazionali dell'ordine pubblico internazionale. Esemplificando, potrebbe essere considerata irrinunciabile la doverosità dell'ascolto diretto dell'adulto da parte del giudice, quando non palesemente superfluo; o la possibilità per il giudice di nominare rappresentanti legali dell'incapace anche al di fuori della cerchia parentale (art. 408, comma 3, c.c.). Analoga qualità paiono avere anche le norme che consentono la designazione da parte dello stesso soggetto destinato in futuro a divenire incapace del suo eventuale rappresentante legale. Irrinunciabile pare essere, più in generale, il rispetto della volontà non pregiudizievole per sé stesso dell'incapace; l'integrità, nei limiti del possibile, della sua capacità giuridica; la preservazione di spazi di autonomia e di inclusione e di partecipazione sociale in rapporto alle sue condizioni personali; la ragionevole proporzione tra l'estensione della limitazione della capacità di agire e l'effettiva compromissione della capacità di intendere e di volere dell'adulto; la sussistenza di un regime effettivo di responsabilità di chi amministri; i poteri di controllo di un'autorità terza, ecc. Al riguardo v'è chi ha proposto di ordinare lo scrutinio sull'applicabilità della normativa straniera su tre assi principali, riguardanti il rispetto: del principio di inclusione sociale, di quello di protezione attiva; e infine del principio di preservazione della massima autonomia ragionevolmente consentita. Così P. Franzina, *La protezione degli adulti*, cit., 213.

[42] Un caso fra molti è Trib. Padova, 17.3.2026, r.g. 2026/2193, ove si legge: « Il GT, Letta l'istanza di nomina di ADS, INVITA La ricorrente a specificare se la figlia sia cittadina italiana e, in caso contrario, a produrre legge marocchina relativa alla protezione degli adulti fragili, con le conseguenti richieste».

[43] Trib. Milano, sez. VIII civ., 12.6.2019, r.g. n. 6344/2019

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

Nel caso di specie il tribunale ha ritenuto di non potere applicare la legge nazionale sulla protezione dell'adulto con disabilità a causa della «assenza nel panorama giuridico albanese di misura protettiva analoga a quella presente nell'ordinamento giuridico italiano» (il riferimento era ovviamente all'amministrazione di sostegno)[44]. Il giudice ha di conseguenza ritenuto che ciò «imponga l'applicazione della normativa italiana e quindi legittimi il ricorso alla misura dell'amministrazione di sostegno essendoci la necessità di proteggere in via provvisoria e urgente la persona o i beni dell'incapace».

Il richiamo del tribunale, forse contraddittorio rispetto alle argomentazioni poste alla base del provvedimento, alla possibilità consentita dall'art. 43 della l. 218/1995 di applicare la legge italiana solo in via provvisoria e urgente non basta qui a oscurare l'affermazione di maggior rilievo, secondo cui in mancanza nella legge albanese di una misura di protezione volta ad assicurare un sostegno mirato e rispettoso, nei limiti del possibile, dell'autodeterminazione decisionale, deve concludersi tout court per l'inapplicabilità della norma di collegamento alla legge albanese, in quanto inesistente (o, se si preferisce, lacunosa sul punto). E ciò, sottolinea il tribunale, sia sulla scorta dei principi stabiliti dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui Diritti delle Persone con Disabilità ratificata in Italia con l. n. 18 del 3.3.2009, sia sulla base di quanto stabilito dalla Convenzione de L'Aja, la quale, per quanto non ancora ratificata, svolge pur sempre «una funzione ausiliaria sul piano interpretativo» cedendo a fronte di norme interne contrarie, ma certamente utilizzabile «nell'interpretazione di norme interne al fine di dare a queste una lettura il più possibile conforme»[45].

8. *La claudicante pubblicità dell'amministrazione di sostegno a protezione del cittadino straniero*

Ottenuta la misura di protezione dell'adulto da parte del giudice, perché questa divenga davvero performante occorre assicurarne adeguata pubblicità (qui intesa nel senso della conoscibilità *erga omnes*

[44] Secondo l'unica norma albanese in astratto richiamabile « la persona maggiorenne che non ha, in tutto o in parte, la capacità di curare i propri affari a causa di una malattia fisica o mentale, può essere privata della capacità di effettuare transazioni legali con la decisione del tribunale»

[45] Viene al riguardo richiamata Cass., 16.10.2007, n. 21748, che riferisce il medesimo principio di diritto alla Convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997.

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

della protezione stessa). Esigenza questa tanto più essenziale quanto più la persona «protetta», per la sua marginalità ed estraneità alla cittadinanza, rischi di non essere riconosciuta nella sua fragilità e vulnerabilità.

Come è noto, l'art. 405, comma 7, c.c. dispone a tutt'oggi che «il decreto di apertura dell'amministrazione di sostegno, il decreto di chiusura ed ogni altro provvedimento assunto dal giudice tutelare nel corso dell'amministrazione di sostegno devono essere immediatamente annotati a cura del cancelliere nell'apposito registro», della cui regolare tenuta presso ciascun tribunale non mi sentirei di garantire, così come della accessibilità, tramite le relative consultazioni, su una banca dati nazionale.

Si potrebbe ottimisticamente confidare sul fatto che i problemi della insufficiente pubblicità potranno in futuro essere risolti con il completamento della messa in rete degli archivi di stato civile dei comuni italiani, dato che, ai sensi del successivo comma 8 dell'art. 405 c.c., «il decreto di apertura dell'amministrazione di sostegno e il decreto di chiusura devono essere comunicati, entro dieci giorni, all'ufficiale dello stato civile per le annotazioni in margine all'atto di nascita del beneficiario».

Tuttavia, va qui rammentato che, normalmente, nei registri dello stato civile non vi sono gli atti di nascita dei cittadini stranieri, a meno che non siano nati in Italia o non abbiano acquisito la cittadinanza italiana. Di qui la necessità di trascrizione ad hoc al momento in cui ciò sia reso necessario ai fini della pubblicità del provvedimento del giudice tutelare.

Vero è che detta trascrizione è operabile su richiesta dell'interessato, ai sensi dell'art. 19, co.1, d.p.r. n. 396/2000 (ordinamento dello stato civile) ma pure è vero che detta richiesta (nel nostro caso ad opera dell'amministratore, oppure dello straniero beneficiario dell'amministrazione, se a ciò non impedito dal decreto di amministrazione) potrebbe mancare o non essere correttamente ricevuta dagli uffici.

Ma soprattutto, quali uffici? Non bisogna dimenticare che il nostro sistema di stato civile è basato su un rigido criterio di competenza per residenza (anagrafica), sicché potrebbe darsi il caso di un adulto straniero beneficiario di un provvedimento di protezione ma ancora privo di residenza o non più residente a causa, rispettivamente, della mancanza o dello scadere del permesso di soggiorno.

A titolo meramente esemplificativo, si riporta una vicenda tratta dall'ambito penale. Vlado (nome di fantasia di un cittadino straniero) ha come amministratore di sostegno una zia che però, a un certo pun-

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

to, violando i propri doveri di amministratrice/convivente, lo manda via di casa, comunicando al giudice tutelare che Valdo di sua iniziativa ha abbandonato il focolare rientrando nel paese di origine.

Vlado in realtà finisce per strada, dove si arrangia per sopravvivere e dove viene fermato dalla polizia per avere tentato di usare una carta di credito rubata. Durante il processo nessuno, nemmeno l'avvocato d'ufficio, si rende conto che Vlado è (o è stato) sottoposto ad amministrazione. Nella velocità del processo e nel minimalismo della difesa d'ufficio, la decisione non tiene dunque conto della sua diminuita capacità di volere, benché empiricamente percepibile. Nella completa e generale inconsapevolezza della situazione, l'amministratrice di sostegno, della cui esistenza nessuno sa, non viene contattata, né, di conseguenza, verrà mai chiamata a giustificare la propria (in)azione e la comunicazione a suo tempo fatta al giudice tutelare.

ISBN 978-88-495-6328-3
© Edizioni Scientifiche Italiane

PARTE III

Il contenzioso civile e amministrativo

Antonio De Vita

Prestazioni e livelli essenziali in materia di disabilità: l'individuazione della natura della prestazione ai fini della decisione giurisdizionale

Sommario: 1. Inquadramento della tematica. – 2. Criterio distintivo tra nucleo minimo del diritto e livelli essenziali delle prestazioni (LEP). – 3. Individuazione e finanziamento dei LEP. – 4. Ambiti in cui sono stati introdotti i LEP. – 5. Possibili limiti all'azionabilità in sede giurisdizionali delle pretese afferenti ai LEP.

1. *Inquadramento della tematica*

L'ordinamento italiano, anche in attuazione dei vincoli derivanti da fonti di rango sovranazionale e internazionale[1], è tenuto ad assicurare la piena tutela delle persone con disabilità e a garantire la loro effettiva integrazione sociale[2].

La Costituzione, oltre a riconoscere e a garantire, su un piano di perfetta parità (art. 3), i diritti inviolabili di tutte le persone, sia a li-

[1] Cfr. Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità e il relativo Protocollo opzionale, assunti il 13 dicembre 2006 e ratificati in Italia con la l. n. 18 del 2009, la Strategia per i diritti delle persone con disabilità 2021-2030, di cui alla comunicazione della Commissione europea COM(2021) 101 final, del 3 marzo 2021, e la risoluzione del Parlamento europeo del 7 ottobre 2021, richiamati espressamente dall'art. 1, comma 1, l. n. 227 del 2021; in argomento, F. Gaspari, *Il riordino della normativa in materia di disabilità e il progetto di vita individuale, personalizzato e partecipato*, in *Federalismi*, n. 5/2025, 71; R. Zamperini, *Il decreto disabilità: una prima valutazione alla luce degli standard internazionali di tutela dei diritti umani*, in *Resp. civ. prev.*, n. 6/2024, 2088; per maggiori approfondimenti, P. Ciamarra, A. Porzio, C. Tettamanti, G. Corbi, F. Gimigliano, A. Argo, C.P. Campobasso, *Leggi delega in materia di disabilità e non autosufficienza e decreti attuativi: nuovi scenari valutativi per medici legali e spunti di riflessione*, in *Riv. it. med. leg.*, n. 1-2/2024, 370-371.

[2] In argomento, da ultimo, A. Lamberti, *La dignità della persona e la tutela costituzionale dei diritti delle persone con disabilità: l'inclusione sociale e scolastica e il "Progetto di vita"*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 2/2026, 408 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

vello individuale sia in quanto appartenenti a una formazione sociale (art. 2), disciplina attraverso specifiche previsioni la condizione delle persone con disabilità, stabilendo in particolare che «ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere ha diritto al mantenimento e all'assistenza sociale» (art. 38, primo comma) e che «la Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti» (art. 32, primo comma).

Per rendere effettivo il godimento di tali diritti – definiti anche «diritti di prestazione» o «diritti sociali» – è richiesto, nella gran parte dei casi, un intervento attivo degli Enti pubblici, che devono rimuovere gli ostacoli che impediscono alle persone con disabilità di potersi liberamente autodeterminare nelle loro scelte di vita, in vista di una loro piena integrazione nel contesto sociale. Siffatto intervento delle Amministrazioni pubbliche è subordinato all'individuazione e all'impiego di risorse che lo rendono attuabile[3].

La questione del reperimento (e del correlato utilizzo) delle risorse necessarie allo scopo di consentire l'effettivo godimento dei diritti alle persone disabili rappresenta l'elemento centrale e determinante delle politiche finalizzate a garantire la piena integrazione di tali soggetti in posizione di uguaglianza con gli altri consociati, poiché la limitatezza (o, addirittura, la totale carenza) di adeguate risorse impedisce l'erogazione delle indicate prestazioni sociali.

È compito del legislatore e, in fase attuativa, dell'Amministrazione pubblica procedere in via preliminare alla puntuale individuazione delle esigenze dei soggetti con disabilità e stabilire, nel rispetto dei principi costituzionali e della pertinente disciplina internazionale e sovranazionale, l'effettivo perimetro e la consistenza dei relativi diritti, in particolare identificando il nucleo essenziale e incomprimibile delle pretese che, come ribadito a più riprese dalla giurisprudenza costituzionale[4], non può essere condizionato nella sua attuazione dalla

[3] Cfr. A. Giusti, *Spigolature su riparto di giurisdizione e diritti fondamentali*, in *Questione giustizia*, 2021, n. 1, 197; anche, A. De Vita, *Il diritto all'autodeterminazione in ambito sanitario e il testamento biologico: verso nuove frontiere del diritto? Il diritto della sanità: problematiche attuali*, in *https://www.giustizia-amministrativa.it/-/de-vita-il-diritto-all-autodeterminazione-in-ambito-sanitario-e-il-testamento-biologico-verso-nuove-frontiere-del-diritto-il-diritto-della-sanita-prob*, 2020, 4-5.

[4] Corte cost., sent. n. 275/2016, annotata da L. Carlassare, *Bilancio e diritti fondamentali: i limiti «invalicabili» alla discrezionalità del legislatore*, e da A. Lucarel-

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

limitatezza delle risorse oppure da scelte politiche di tenore differente.

Tuttavia l'esatta configurazione del nucleo essenziale del diritto di prestazione risulta indispensabile non solo, come già rilevato, per la piena ed effettiva attuazione dello stesso in favore del disabile, attraverso l'imposizione agli Enti pubblici coinvolti del dovere di reperimento e del correlato impiego di adeguate e sufficienti risorse, ma, in negativo, concorre a individuare altresì le prestazioni che, non rientrando nel novero di quelle aventi carattere indefettibile, non risultano di cogente adempimento secondo i richiamati principi costituzionali.

Bisogna poi stabilire se nell'ambito di tale seconda categoria di prestazioni, non qualificabili come essenziali, rientrino, oltre a quelle effettuate praeter legem oppure non previste come obbligatorie dal legislatore, bensì semplicemente facoltizzate dallo stesso, anche gli interventi la cui erogazione è imposta *ex lege* all'Amministrazione pubblica, pur in assenza di uno specifico vincolo costituzionale.

Da ultimo, si deve procedere a enucleare lo specifico regime da applicare alle prestazioni ricomprese nei livelli essenziali, al fine di stabilire la doverosità della loro erogazione non soltanto a carico dell'Amministrazione pubblica, ma anche nei confronti del legislatore e del decisore politico in sede di reperimento e successiva allocazione delle risorse.

2. *Criterio distintivo tra nucleo minimo del diritto e livelli essenziali delle prestazioni (LEP)*

La Costituzione non esplicita il significato della formula «livelli essenziali della prestazioni» (LEP), ma si limita soltanto ad attribuire alla potestà legislativa esclusiva dello Stato la «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale» (art. 117, secondo comma, lett. m), nonché a precisare in via ulteriore che «il Governo può sostituirsi a organi delle Regioni, delle Città metropolitane, delle Province e dei Comuni nel caso di mancato rispetto di norme e trattati internazionali o della normativa comunitaria oppure di

li, *Il diritto all'istruzione del disabile: oltre i diritti finanziariamente condizionati*, in Giur. cost., n. 6/2016, 2339 ss.; Corte cost., sent. n. 152/2020; T.A.R. Valle d'Aosta, 14 gennaio 2019, n. 2, con nota di A. Candido, *Quando il diritto diventa finanziariamente incondizionato. Il progetto di vita individuale per lo studente con disabilità grave*, in *Piemonte autonomie*, n. 1/2019, 55 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica, ovvero quando lo richiedono la tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica e in particolare la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, prescindendo dai confini territoriali dei governi locali» (art. 120, secondo comma).

In assenza di una definizione dei LEP a livello costituzionale, bisogna ricorrere all'interpretazione da ultimo fornita dalla Corte costituzionale – in specie, nella sent. n. 192 del 3 dicembre 2024 (punto 14 del diritto)[5] – dove si è sottolineato che i suddetti LEP non coincidono con il «nucleo minimo del diritto», ma rappresentano uno standard di tutela ulteriore che il legislatore statale può discrezionalmente individuare sulla scorta delle risorse disponibili[6], imponendone poi l'attuazione al legislatore regionale e alla Pubblica Amministrazione più in generale[7].

La Costituzione, difatti, riconosce, secondo la richiamata giurisprudenza, una piena garanzia soltanto al nucleo incomprimibile dei diritti costituzionalmente tutelati (ossia al «nucleo minimo del diritto»), prescrivendo al legislatore statale e, più in generale, al decisore politico di procedere alla loro tutela anche in presenza di scarsa disponibilità di risorse, poiché si tratta di posizioni che traggono il proprio fondamento direttamente nella medesima Carta fondamentale e sono consustanziali a uno Stato di diritto; di conseguenza, se il legislatore dovesse comprimere il nucleo essenziale del diritto oppure se non dovessero essere reperite adeguate risorse per consentirne la salvaguardia, sarebbe richiesto l'intervento della Corte costituzionale per far accertare l'illegittimità della intervenuta lesione del nucleo minimo del

[5] La sent. n. 192/2024 è stata variamente commentata: tra gli altri, G.M. Napolitano, *Nucleo minimo di un diritto vs Livelli essenziali delle prestazioni: la Corte ritorna sulla questione*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 2/2025, 194 ss.; P. Torretta, *La disciplina dei LEP per l'autonomia differenziata (ma non solo) al vaglio della Corte costituzionale. Note a margine della sentenza n. 192/2024*, in *Federalismi*, n. 13/2025, 175; V. P. Grossi, *Principi e incertezze. Quale effettività per la sent. C. Cost. 192 del 2024?*, in *Diritti regionali*, n. 2/2025, 458 ss.

[6] Concordano con tale orientamento, M. Ladu, L. Spadacini, *La nozione costituzionale di livello essenziale delle prestazioni tra potestà normativa e autonomia finanziaria delle Regioni*, in *Italian Papers On Federalism*, n. 2/2023, 93 ss.

[7] Tuttavia per Corte cost., sent. n. 220/2021 «i LEP (…) indicano la soglia di spesa costituzionalmente necessaria per erogare le prestazioni sociali di natura fondamentale, nonché "il nucleo invalicabile di garanzie minime" per rendere effettivi tali diritti (*ex multis*, sentenze n. 142 del 2021 e n. 62 del 2020)».

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

diritto costituzionalmente tutelato[8].

Tuttavia non risultando positivizzata neppure la definizione di «nucleo minimo del diritto» – o di una delle sue varianti semantiche, quali «nucleo irriducibile», «contenuto essenziale», «contenuto minimo», ecc.[9] –, ne consegue l'impossibilità di tracciare una precisa linea di confine con i LEP e di ricostruirne l'ambito di operatività anche solo in via indiretta o relazionale.

Allo scopo di individuare, seppure in maniera sommaria e senza particolare rigore metodologico, ciò che può essere ricondotto al significato di «nucleo minimo del diritto», non risulta dirimente assumere quale punto di partenza il testo costituzionale, che come rilevato non contiene alcun richiamo esplicito al contento minimo essenziale dei diritti fondamentali[10], ma bisogna far riferimento alla giurisprudenza costituzionale che di volta in volta ha ricondotto entro tale perimetro le prestazioni oggetto di esame, evidenziando nondimeno la non univocità del significato che è stato attribuito al suddetto concetto nelle differenti occasioni in cui è stato preso in considerazione.

Con riguardo al contenuto essenziale dei c.d. diritti sociali – diverso essendo l'approccio rispetto ai diritti di libertà, rispetto ai quali il contenuto essenziale è di più agevole determinazione[11] – in alcuni casi si è ritenuto sufficiente il riconoscimento a livello normativo primario della prestazione e non anche dell'obbligatoria previsione di una

[8] Cfr., per un esempio, Corte cost., sent. n. 152/2020, con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale della norma – ovvero dell'art. 38, comma 4, della l. n. 448 del 2001 – che disponeva che il beneficio dell'incremento della pensione fino a € 516,46 al mese veniva concesso ai soggetti invalidi civili totali di età pari o superiore a sessanta anni anziché a quelli di età superiore a diciotto anni; si veda anche F. Gallo, *Il difficile bilanciamento dei diritti sociali con i diritti proprietari e con il principio di equilibrio di bilancio*, in *Giur. cost.*, n. 4/2025, 1273-1274.

[9] S. Aru, *«Livelli minimi» (di garanzia), «livelli essenziali» (delle prestazioni) e «nucleo irriducibile» (dei diritti): concetti giuridici distinguibili?*, in *Federalismi*, n. 30/2025, 40; G.M. Napolitano, *Nucleo minimo di un diritto vs Livelli essenziali delle prestazioni: la Corte ritorna sulla questione*, cit., 194 ss.

[10] Corte cost., sent. n. 137/2021; G.M. Napolitano, *Nucleo minimo di un diritto vs Livelli essenziali delle prestazioni: la Corte ritorna sulla questione*, cit., 194-195.

[11] Cfr, ad esempio, Corte cost., sent. n. 203/2024, secondo la quale, la misura di prevenzione del foglio di via, disposta dal questore nei confronti di persone pericolose per la sicurezza pubblica, non restringe la libertà personale dell'interessato, ma semplicemente limita la sua libertà di circolazione, con la conseguente inapplicabilità dell'art. 13 della Costituzione che richiede l'intervento di un giudice per ogni misura restrittiva della libertà personale.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

misura minima garantita della medesima, lasciando alla discrezionalità del legislatore l'individuazione della soglia di adeguatezza, con l'unica eccezione legata all'assoluta irrisorietà della provvidenza[12]. Quindi in siffatti frangenti il nucleo minimo del diritto è stato identificato nel mero riconoscimento dello stesso in sede normativa, senza correlarlo invece alla predeterminazione *ex ante* del suo effettivo contenuto, con conseguenti incertezze non soltanto sotto il profilo quantitativo ma anche qualitativo[13].

In altre occasioni, il contenuto minimo di un diritto è stato definito attraverso un metodo di tipo relazionale, ossia è stato parametrato a una situazione affine o comparabile, in applicazione del principio di uguaglianza sostanziale[14]. In tali occasioni il contenuto essenziale del diritto non è stato determinato considerando la prestazione *ex se* e in rapporto alle specifiche esigenze dei soggetti destinatari delle stesse, ma si è ritenuto discriminatorio non estendere a questi ultimi un determinato beneficio già riconosciuto dalla legge a un'altra categoria di soggetti che versano nelle medesime condizioni dei predetti beneficiari. La richiamata impostazione potrebbe – in tesi – avere quale conseguenza la legittima abrogazione del beneficio qualora lo stesso dovesse essere abolito per i soggetti che sono stati presi a riferimento quale *tertium comparationis*; in tal modo emerge una nozione di contenuto minimale del diritto non correlata alla sostanza della prestazione e alla

[12] Corte cost., sent. n. 27/1998, con riguardo alla equa quantificazione dello «indennizzo a favore dei soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e somministrazione di emoderivati», ha ritenuto che, fondandosi tale indennizzo negli artt. 2 e 32 della Costituzione e non nel diritto previsto dall'art. 38 della Costituzione, la sua sindacabilità potrebbe aversi soltanto laddove esso risultasse tanto esiguo da vanificare, riducendolo a un nome privo di concreto contenuto, il diritto all'indennizzo stesso, essendo questo, dal punto di vista costituzionale, stabilito nell'an ma non nel quantum.

[13] Si vedano sulla questione dell'assegnazione delle ore di sostegno scolastico le considerazioni di F. Girelli, *Inciampi estivi alla garanzia dell'assistenza scolastica per gli alunni con disabilità*, in *giurcost.org*.

[14] Per Corte cost., sent. n. 184/1993, rappresenta attuazione del contenuto minimo essenziale del diritto alla tutela della salute, garantito dall'art. 32 della Costituzione, anche l'esenzione generale dalla partecipazione alla spesa sanitaria per i pensionati di vecchiaia, che deve essere estesa altresì ai pensionati di invalidità infrasessantacinquenni che abbiano redditi inferiori ai livelli previsti per i pensionati di vecchiaia, visto che i predetti, in applicazione del principio di uguaglianza sostanziale (art. 3, secondo comma, Cost.), hanno diritto a una protezione piena, esaustiva ed effettiva della propria salute.

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

sua natura, ma riconducibile essenzialmente ad aspetti di natura relazionale riferibili ad altre situazioni assimilabili.

Non mancano tuttavia delle decisioni in cui il Giudice costituzionale ha individuato il nucleo essenziale del diritto attraverso una valutazione di ordine sostanziale, correlandola all'effettiva consistenza dello stesso e rendendo così incomprimibile siffatta misura minima da parte del legislatore ordinario, anche laddove si renda necessario un contemperamento con altri diritti di rango costituzionale[15]. In tali occasioni il contenuto irriducibile del diritto è stato ricavato dalla previa definizione dei suoi connotati minimi essenziali che, in quanto tali, non avrebbero potuto essere compromessi in maniera irreversibile, a pena di vanificazione dell'esistenza stessa del diritto in questione[16].

Quindi, sulla scorta delle considerazioni che hanno fondato le decisioni da ultimo segnalate, si deve ritenere che il nucleo minimo del diritto è rappresentato da quegli elementi costitutivi di una posizione giuridica che ove venissero meno, anche solo in parte e singolarmente, darebbero luogo a una definitiva compromissione della medesima posizione giuridica, in violazione della previsione costituzionale che ne afferma la tutela.

In tal modo sarebbe possibile riempire di contenuto effettivo la definizione di «nucleo minimo del diritto» che, seguendo la linea di indirizzo emersa nella sentenza della Corte costituzionale n. 192 del 3 dicembre 2024, possa poi consentire di distinguerla dai LEP, che rappresentano invece uno standard di tutela superiore delle prestazioni

[15] Corte cost., sent. n. 509/2000, ha evidenziato come l'esclusione assoluta ed indifferenziata di ogni ristoro delle spese sostenute in tutti i casi nei quali l'assistito non abbia preventivamente richiesto l'autorizzazione per accedere all'assistenza indiretta, pur in presenza di particolari condizioni di indispensabilità, di gravità ed urgenza non altrimenti sopperibili, «non assicura l'effettiva tutela della salute e vulnera l'art. 32 della Costituzione, ponendosi altresì in contrasto con l'art. 3 della Costituzione, perché realizza una soluzione intrinsecamente non ragionevole» (sent. n. 267 del 1998).

[16] Per Corte cost., sent. n. 304/1994, risulta salvaguardato il nucleo essenziale del diritto alla salute in presenza di disposizioni di legge che legittimano il ricorso a forme di assistenza indiretta, anche all'estero, nelle ipotesi in cui le strutture del servizio sanitario, incluse quelle convenzionate, non fossero in grado di assicurare un tempestivo intervento sanitario, reso indifferibile dalle condizioni di salute della persona bisognosa di prestazioni riabilitative; anche per Corte cost., sent. n. 309/1999, il principio contenuto nell'art. 32 della Costituzione postula infatti che il diritto alle cure gratuite sia assicurato anche al cittadino che, in disagiate condizioni economiche, si rechi all'estero, risultando del tutto irrilevanti a tali fini i motivi del suddetto soggiorno al di fuori del territorio nazionale.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

che il legislatore statale può discrezionalmente stabilire al ricorrere di determinati presupposti. Risulta evidente che ove si ritenesse impossibile o oltremodo difficoltoso definire il nucleo minimo del diritto neppure sarebbe consentita la determinazione del contenuto dei LEP, essendo la definizione dei livelli essenziali direttamente dipendente dalla preliminare individuazione del già richiamato «nucleo minimo del diritto»[17].

Di conseguenza, una volta individuato, seppure con le difficoltà di inquadramento descritte in precedenza, il nucleo essenziale di un diritto costituzionalmente garantito, nessuno spazio di discrezionalità resta allo Stato e agli altri Enti pubblici nell'erogazione della prestazione o nel porre in essere gli adempimenti necessari per rendere effettivo il godimento del predetto diritto. La prestazione deve essere resa doverosamente nella misura integrale, non essendo consentita una erogazione solo parziale della medesima, poiché in molti frangenti tale «limitazione» non ha soltanto un impatto quantitativo, ma può dar luogo a una sostanziale negazione dell'intera pretesa, come avviene nel caso dei diritti sociali di prestazione[18].

Neppure può essere addotta a giustificazione di un diniego totale o di una limitazione parziale dell'erogazione della prestazione la carenza di risorse disponibili in capo agli Enti pubblici onerati di tale incombenza, poiché l'insufficienza o la mancanza di risorse non può impedire l'esercizio in capo all'avente titolo di un diritto costituzionalmente tutelato, considerato che il riconoscimento del nucleo minimo del diritto, a differenza dei LEP, non può essere ostacolato da esigenze di ordine finanziario, che sono sempre recessive rispetto a tali pretese, non potendo l'equilibrio di bilancio condizionarne la doverosa erogazione[19].

Tuttavia tale conclusione, pur non essendo contestabile a livello formale e giuridico, deve conciliarsi con la problematica legata al reperimento delle risorse – di qualsiasi genere, ovvero umane, finanziarie, strumentali, ecc. – che assume una rilevanza centrale rispetto alle conseguenti successive scelte degli Enti pubblici, visto che sol-

[17] È un procedimento assimilabile a quello previsto nel caso in cui lo Stato intenda accogliere una richiesta regionale relativa a una funzione rientrante in una materia «no-LEP» e incidente su un diritto civile o sociale, che richiede la previa determinazione del relativo LEP: Corte cost., sent. n. 192/2024 (punto 15.2 del diritto).

[18] Cfr. Cons. Stato, sez. III, 12 agosto 2024, n. 7089, annotata da F. Girelli, *Inciampi estivi alla garanzia dell'assistenza scolastica per gli alunni con disabilità*, cit.

[19] Cfr. le già richiamate Corte cost., sentt. n. 192/2024 e n. 275/2016.

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

tanto la disponibilità di un'adeguata quantità di mezzi e di dotazioni rende possibile soddisfare in misura piena e senza alcuna limitazione le pretese costituzionalmente garantite dei soggetti beneficiari. L'adeguatezza delle risorse, però, non può essere stabilita procedendo esclusivamente a verifiche di carattere formale e aprioristico, sganciate da una valutazione del concreto contesto di intervento, ma deve necessariamente essere rapportata e riferita alle esigenze e alla consistenza numerica di soggetti che hanno diritto di accedere ai benefici. Ciò è tanto più necessario nel caso in cui, per l'ampiezza della platea dei suddetti beneficiari e la qualità delle prestazioni da erogare[20], rischia di non essere garantita la possibilità di soddisfare integralmente tutti i bisogni; è compito dello Stato nelle sue varie articolazioni – in primis, del Parlamento legislatore e del Governo quale titolare delle politiche di bilancio – individuare, ove possibile, le priorità degli interventi e la misura degli stessi, sia con riferimento ai soggetti destinatari delle pretese che alla concreta tipologia di beneficio da attribuire a ciascun avente diritto[21].

Non bisogna infatti trascurare che la Costituzione, nella parte dedicata ai diritti sociali, impone alla Repubblica di intervenire in vari ambiti, ossia nel settore della disabilità (art. 38), nell'ambito delle politiche migratorie, riconoscendo il diritto di asilo per gli stranieri perseguitati nel loro Paese (art. 10), nel settore sanitario, garantendo le cure gratuite per gli indigenti (art. 32), e nel settore dell'istruzione, prevedendo la

[20] Ad esempio, l'innovativo approccio di natura globale e unitario nella definizione della condizione di disabilità, definito «bio-psico-sociale», che tiene conto sia dell'effettiva condizione della persona che del contesto di vita, anche di tipo relazionale, in cui questa agisce, richiede maggiori risorse, anche sotto il profilo qualitativo, rispetto a un approccio di tipo prevalentemente medico; cfr. M. Bombardelli, *Il progetto individuale per le persone disabili e il danno da ritardo nella sua adozione*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 1/2024, 115; F. Gaspari, *Il riordino della normativa in materia di disabilità e il progetto di vita individuale, personalizzato e partecipato*, in *Federalismi*, n. 5/2025, 73-74; A. Chiappetta, *'Investire' sul dettato costituzionale: la tutela delle persone con disabilità tra l'incessante pungolo del giudice delle leggi e l'occasione del PNRR*, in *Riv. Gruppo di Pisa*, n. 2/2025, 110 ss.; anche la Corte cost. ha implicitamente aderito a un tale modello per G. Arconzo, *Sull'incostituzionalità di previsioni che non consentono l'esercizio autonomo dei diritti delle persone con disabilità*, in *Oss. AIC*, n. 4/2025, 206-207.

[21] Sul punto appare di grande rilievo Corte cost., sent. n. 195/2024, che ha evidenziato come in un contesto in cui vi è scarsità di risorse pubbliche devono essere ridotte prioritariamente le spese non essenziali, anziché sacrificare le risorse poste a garanzia dell'esercizio dei diritti fondamentali.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

gratuità dell'istruzione scolastica inferiore e per i capaci e meritevoli privi di mezzi (art. 34). Le prestazioni connesse ai richiamati diritti fondamentali devono essere conciliate tra di loro e quindi anche in tal caso è necessario procedere a scelte, innanzitutto politiche, che devono farsi carico dell'individuazione delle fonti da cui acquisire le risorse e poi devono stabilire i criteri per ripartirle tra i vari ambiti[22].

3. *Individuazione e finanziamento dei LEP*

Come emerge con evidenza dalle considerazioni precedentemente svolte, l'assenza di criteri oggettivi e univoci per determinare il nucleo essenziale di ogni diritto di prestazione costituzionalmente tutelato e parallelamente di quelli che sono i LEP genera a cascata incertezze anche in vista della individuazione delle connesse prestazioni e di tutti gli aspetti correlati.

Tuttavia ciò non impedisce di costruire uno schema giuridico afferente alla disciplina e al funzionamento dei LEP, pur con le incertezze legate alla difficoltà di ricondurre in via generale specifiche prestazioni al predetto ambito.

Si è già evidenziato che la Costituzione non definisce i LEP, ma si limita ad attribuire allo Stato la potestà legislativa esclusiva in ordine alla loro determinazione (art. 117, comma secondo, lett. m), nonché a riconoscere al Governo il potere sostitutivo nei confronti degli Enti territoriali quando lo richieda, tra l'altro, «la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, prescindendo dai confini territoriali dei governi locali» (art. 120, comma secondo).

Stante la mancata definizione dei LEP da parte del testo costituzionale, il compito di provvedere a tale incombenza spetta, prioritariamente, al legislatore statale che deve determinare quali prestazioni

[22] «Una volta normativamente identificato, il nucleo invalicabile di garanzie minime per rendere effettivo il diritto allo studio e all'educazione degli alunni disabili non può essere finanziariamente condizionato in termini assoluti e generali», essendo la garanzia dei diritti incomprimibili a incidere sul bilancio e non viceversa, per Corte cost., sent. n. 275/2016; L. Carlassare, *Bilancio e diritti fondamentali*, cit., 2342-2343; A. Candido, *Quando il diritto diventa finanziariamente incondizionato*, cit., 60-61; il nocciolo duro del diritto è comunque incomprimibile, per Cons. Stato, sez. VII, 20 novembre 2024, n. 9323; M. Ramajoli, *Sui molteplici criteri di riparto della giurisdizione in materia di servizi di sostegno scolastico alle persone con disabilità*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2020, 280.

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

rientrino nei LEP, al fine di differenziarle sia dal nucleo essenziale dei diritti che dalle materie no-LEP[23].

L'importanza e la rilevanza di tale operazione è legata non soltanto a ragioni definitorie e di classificazione, ma risponde a diversi obiettivi di carattere primario, quali la necessità di garantire la pienezza e l'effettività dei diritti costituzionalmente tutelati, quantomeno nel loro nucleo essenziale, il rispetto della sfera delle attribuzioni regionali e il reperimento, nonché la conseguente corretta allocazione, delle risorse finanziarie e strumentali.

Ove si dovesse impropriamente classificare tra i LEP ciò che in realtà afferisce al nucleo essenziale del diritto si determinerebbe un sensibile abbassamento delle tutele degli individui e la violazione dei loro diritti costituzionalmente garantiti. Difatti, il nucleo minimo del diritto risulta essere tutelato direttamente dalla Costituzione e deve essere garantito anche nei confronti del legislatore statale e a prescindere da considerazioni di ordine finanziario[24]. Un diverso regime deve applicarsi ai LEP, la cui introduzione (e disciplina) rientra nella discrezionalità del legislatore statale, che può in una fase successiva procedere persino alla loro integrale abolizione[25].

Le richiamate prerogative del legislatore statale tuttavia non escludono la possibilità di procedere a una verifica in ordine alla corretta ascrizione e classificazione delle prestazioni nell'ambito dei LEP, al fine di evitare interferenze e invasioni di campo rispetto alla tutela dei diritti fondamentali degli individui oppure alle attribuzioni costituzionali delle Regioni; l'inclusione nei LEP di una specifica prestazione, ove oggetto di contestazione, deve essere rimessa in ultima istanza all'esame della Corte costituzionale[26] che sola conserva la parola definitiva in ordine a tale qualificazione e che all'esito del giudizio

[23] C. Buzzacchi, *L'invarianza dei costi dei LEP e non solo: alcune note critiche al ddl 1623 per la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 1/2026, 102 ss.

[24] Cfr. in argomento, Corte cost., sent. n. 192/2024; nella stessa pronuncia si evidenzia che «"[è] la garanzia dei diritti incomprimibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione" (sent. n. 275 del 2016; si vedano anche, ad esempio, le sentenze n. 152 del 2020, in materia di pensione di inabilità, e n. 309 del 1999, in materia di assistenza sanitaria all'estero)».

[25] Ne fa cenno G.M. Napolitano, *Nucleo minimo di un diritto vs Livelli essenziali delle prestazioni: la Corte ritorna sulla questione*, cit., 204-205.

[26] In via di azione o tramite un incidente di costituzionalità nel corso di un giudizio ordinario.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

può dichiarare l'incostituzionalità della normativa statale che avesse erroneamente ricompreso tra i LEP prestazioni da ricondurre al novero dei diritti costituzionalmente garantiti. Difatti, l'autoqualificazione legislativa, non avendo carattere precettivo e vincolante[27], non vale a superare un eventuale erroneo inquadramento da un punto di vista sostanziale della prestazione e perciò non può impedire, ove ne ricorrano le condizioni, la declaratoria di incostituzionalità della norma[28]. Ugualmente, l'inclusione nei LEP di materie estranee potrebbe altresì risultare lesiva delle attribuzioni regionali che vedrebbero in tal modo limitata la loro competenza non solo legislativa, ma anche amministrativa e finanziaria: anche in tale frangente soltanto la Corte costituzionale può porre rimedio al pregiudizio, ristabilendo il corretto equilibrio nelle attribuzioni dei predetti Enti.

Sulla scorta delle prefate considerazioni e con la menzionata eccezione, l'individuazione dei LEP rientra nella discrezionalità del legislatore statale che può ricomprendervi tutte quelle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale[29], con il limite, si ripete, della intangibilità del nucleo fondamentale dei diritti costituzionalmente tutelati e delle attribuzioni costituzionali delle Regioni e degli altri Enti territoriali. Inoltre non possono essere incluse tra i LEP quelle materie che (i) non sono configurabili come prestazioni in favore dei cittadini, perché attengono a funzioni regolatorie e di controllo, (ii) non sono associabili alla tutela dei fondamentali diritti civili e sociali e (iii) non contempla-

[27] Corte cost., sent. n. 44/2021.

[28] Corte cost., sent. n. 3/2025, ha ricompreso nel nucleo essenziale delle garanzie da riconoscere alle persone disabili la possibilità di utilizzare la firma digitale per le sottoscrizioni funzionali all'ammissione delle liste di candidati alle consultazioni elettorali: ove in ipotesi il legislatore dovesse ricomprendere nei LEP una tale prerogativa, la stessa sarebbe molto probabilmente affetta da un vizio di costituzionalità.

[29] Si deve fare riferimento ai diritti civili e sociali identificati nei due capi della Costituzione dedicati ai rapporti civili e sociali e agli altri articoli della prima parte della Costituzione che possano essere rilevanti, secondo il Rapporto Comitato tecnico scientifico con funzioni istruttorie per l'individuazione dei LEP (CLEP), 10, reperibile all'indirizzo *https://www.affariregionali.it/media/509321/1-rapporto-finale-clep-30102023-editing.pdf*; in argomento anche G. Tarli Barbieri, *Il quadro costituzionale: livelli essenziali e prestazioni di natura sociale nella logica del riparto di competenze tra Stato e Regioni*, in A. Candido (a cura di), *La presa in carico della persona fragile. Un dialogo tra giurisdizioni su questioni di diritto sociosanitario e socioassistenziale*, Torino, 2025, 83-84.

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

no spazi di autonomia legislativa e funzioni amministrative che possano esigere la determinazione di livelli essenziali[30].

La legge statale con cui si determinano i LEP ha natura costitutiva, non potendo ammettersi la vigenza di LEP a prescindere dall'approvazione di una specifica legge[31]; «è da sottolineare, a tal proposito, che i LEP implicano una delicata scelta politica, perché si tratta – fondamentalmente – di bilanciare uguaglianza dei privati e autonomia regionale, diritti e esigenze finanziarie e anche i diversi diritti fra loro. Si tratta, in definitiva, di decidere i livelli delle prestazioni relative ai diritti civili e sociali, con le risorse necessarie per garantire uno standard uniforme delle stesse prestazioni in tutto il territorio nazionale»[32].

La discrezionalità del legislatore statale in materia di LEP è peraltro molto ampia sia avuto riguardo all'estensione degli ambiti riguardanti i diritti civili e sociali, sia in ragione della necessità di garantirne la massima e uniforme diffusione su tutto il territorio nazionale, come dimostrato dal riconoscimento in capo al Governo del potere sostitutivo nei confronti degli Enti territoriali minori allorquando lo richieda la tutela dei predetti livelli essenziali.

Nondimeno la discrezionalità legislativa trova dei limiti, anche interni, correlati alla modalità con cui si regolamentano i LEP ed è subordinata alla necessaria individuazione delle risorse che devono essere garantite alle autonomie territoriali per rendere effettivo il livello di prestazioni imposto.

Particolare rilevanza a tal fine riveste l'individuazione del metodo da seguire per la definizione dei LEP e dei relativi costi e fabbisogni standard, che in ossequio alla giurisprudenza costituzionale – in specie

[30] Cfr. Rapporto Comitato tecnico scientifico con funzioni istruttorie per l'individuazione dei LEP (CLEP), 7, cit.

[31] Segnala la sussistenza di una riserva di legge relativa, sebbene rinforzata per contenuto e per procedimento, in materia, S. Aru, *Il procedimento di determinazione dei «livelli essenziali delle prestazioni» nell'ambito del regionalismo differenziato*, in *Riv. Gruppo di Pisa*, n. 1/2024, 134-135; anche, M. Ladu, L. Spadacini, *La nozione costituzionale di livello essenziale delle prestazioni tra potestà normativa e autonomia finanziaria delle Regioni*, cit., 90; sono ammesse anche fonti secondarie concorrenti, sebbene per aspetti di mera attuazione, G. Tarli Barbieri, *Il quadro costituzionale: livelli essenziali e prestazioni di natura sociale nella logica del riparto di competenze tra Stato e Regioni*, cit., 72 ss.; cfr. anche P. Torretta, *La disciplina dei LEP per l'autonomia differenziata (ma non solo) al vaglio della Corte costituzionale. Note a margine della sentenza n. 192/2024*, cit., 181-182.

[32] Corte cost., sent. n. 192/2024, punto 9.2 del diritto.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

la sent. n. 275 del 2016, dove si afferma che «è la garanzia dei diritti incomprimibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione» – dovrebbe prendere le mosse dalla previa determinazione dei LEP necessari ad assicurare la tutela del nucleo essenziale dei diritti e, in seguito e sulla base di tale definizione, adoperarsi per reperire le risorse necessarie per garantire il loro integrale finanziamento (modello bottom up), mentre si ritiene recessivo il procedimento attraverso il quale dapprima si quantificano le risorse disponibili e poi si procede alla definizione dei LEP (modello *top down*)[33].

Nella disciplina e individuazione dei LEP il legislatore statale deve considerare tutto il territorio nazionale e stabilire la soglia minima che deve essere garantita a tutti i cittadini, a prescindere dal contesto geografico di appartenenza. È fondamentale poi che i criteri utilizzati per la determinazione dei LEP siano specifici e parametrati sui singoli settori e non siano affetti da genericità, poiché ogni materia ha le sue peculiarità e richiede distinte valutazioni e delicati bilanciamenti[34]. La misurabilità di tali prestazioni diventa un elemento fondamentale sia in fase di ricognizione del livello esistente, sia in fase di individuazione della soglia ritenuta «essenziale» e da garantire su tutto il territorio[35]. Come non sarebbe legittima una disciplina che dovesse escludere alcune aree del Paese dalla garanzia del livello essenziale, neppure sarebbe legittima una previsione che dovesse ridurre forzatamente il livello raggiunto da aree territoriali più dinamiche. Deve ritenersi che i LEP

[33] Amplius, S. Aru, *Il procedimento di determinazione dei «livelli essenziali delle prestazioni» nell'ambito del regionalismo differenziato*, cit., 120, 128-129.

[34] Secondo Corte cost., sent. n. 192 del 2024, «il comma 791 fornisce una definizione di LEP e indica alcune finalità da perseguire con la determinazione degli stessi LEP ("pieno superamento dei divari territoriali nel godimento delle prestazioni", "assicurare uno svolgimento leale e trasparente dei rapporti finanziari tra lo Stato e le autonomie territoriali", "favorire un'equa ed efficiente allocazione delle risorse collegate al Piano nazionale di ripresa e resilienza"). Tali finalità si rivelano alquanto generiche e inidonee a guidare il potere legislativo delegato, tanto che risulta difficile immaginare che possano fungere da parametro in un eventuale sindacato sui futuri decreti legislativi per eccesso di delega. D'altro canto, le norme procedurali dettate dai commi 792 e seguenti non sono sufficienti per soddisfare lo standard dell'art. 76 Cost., dato che questa norma costituzionale esige che il potere governativo sia guidato dalle Camere».

[35] Cfr. Rapporto Comitato tecnico scientifico con funzioni istruttorie per l'individuazione dei LEP (CLEP), 29 ss., cit.; anche, E. Vivaldi, *Assistenza sociale e LEPS: qualche passo avanti e molti dubbi da sciogliere*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 2/2025, 162-163.

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

per essere legittimi devono almeno garantire il mantenimento del pregresso livello di prestazioni in tutte le Regioni (o parti di esse) senza dar vita a una regressione della tutela in nessuna area, poiché ove ciò accadesse si violerebbe il principio di uguaglianza sostanziale che per definizione (seppure non esplicitata) non consente di allineare verso il basso la condizione degli individui, considerato che il paradigma di riferimento sul quale è impostato il secondo comma dell'art. 3 della Costituzione è quello dei cittadini (rectius, degli individui[36]) che sono pienamente integrati e partecipano attivamente e in maniera consapevole all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese.

Sotto tale profilo l'essenzialità della prestazione, pur non essendo sempre quantificabile e definibile a priori, dovrebbe essere parametrata prendendo a riferimento il livello più elevato che si riscontra nelle parti del territorio nazionale più performanti e competitive: siffatto presupposto dovrebbe rappresentare il dato di partenza da cui dovrebbe necessariamente prendere le mosse il legislatore statale per determinare i LEP con riguardo ai vari ambiti[37]. Del resto, tale conclusione risulta perfettamente in linea con l'invocata distinzione tra nucleo essenziale del diritto e LEP, rappresentando questi ultimi uno standard superiore rispetto ai primi che non può prescindere da una verifica della situazione esistente nei vari territori, al fine di consentire una corretta e adeguata determinazione dei livelli da erogare.

L'individuazione delle prestazioni da inserire nei LEP non è *ex se* sufficiente per dar corso alla loro introduzione in sede legislativa, giacché il perseguimento di tale obiettivo è subordinato al reperimento nel bilancio dello Stato delle risorse necessarie per garantirne la concreta e completa attuazione[38]. Difatti, l'attribuzione della potestà legislativa

[36] Sulla sostanziale equiparazione, nel godimento dei diritti fondamentali, dei cittadini agli stranieri, si veda di C. Corsi, *Stranieri, diritti sociali e principio di eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Federalismi*, n. 3/2014; M. Losana, *«Stranieri» e principio costituzionale di uguaglianza*, in *Rivista AIC*, n. 1/2016.

[37] Deve ritenersi superato il criterio della spesa storica in favore dei costi e fabbisogni standard, in quanto questi ultimi sono correlati ai costi e alle reali necessità finanziarie di un ente in base alle sue caratteristiche territoriali e agli aspetti socio-demografici della popolazione residente: cfr. G.M. Napolitano, *Nucleo minimo di un diritto vs Livelli essenziali delle prestazioni: la Corte ritorna sulla questione*, cit., 185; E. Vivaldi, *Assistenza sociale e LEPS: qualche passo avanti e molti dubbi da sciogliere*, cit., 174 ss.; S. Aru, *Il procedimento di determinazione dei «livelli essenziali delle prestazioni» nell'ambito del regionalismo differenziato*, cit., 118-119.

[38] Cfr. art. 4, comma 1, secondo periodo, della l. n. 86 del 2024 precisa che qualora

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

esclusiva in materia di determinazione dei LEP in capo allo Stato (art. 117, secondo comma, lett. m) impone il necessario reperimento delle risorse per finanziarli integralmente[39], essendo le Regioni e gli altri soggetti pubblici dei «meri attuatori» della predetta disciplina statale di cogente applicazione[40]. Ciò trova fondamento nell'art. 119, quarto comma, Cost., secondo il quale «le risorse derivanti dalle fonti di cui ai commi precedenti [ovvero le entrate e i tributi propri, le compartecipazioni al gettito dei tributi erariali e le quote del fondo perequativo] consentono ai Comuni, alle Province, alle Città metropolitane e alle Regioni di finanziare integralmente le funzioni pubbliche loro attribuite», visto che le funzioni collegate ai LEP sono «attribuite» alle Regioni e agli altri Enti territoriali, i quali non possono sottrarsi alla loro applicazione, trattandosi di interventi obbligatori che devono godere di fonti di finanziamento che prescindano da interventi statali di incerta verificazione e di carattere assolutamente discrezionale. Il finanziamento dei LEP invece non è riconducibile al quinto comma dell'art. 119 Cost. che riguarda interventi di natura peculiare e rivolti a Enti determinati[41].

Soltanto all'esito dell'individuazione delle risorse e del loro effet-

dalla determinazione dei LEP «derivino nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica, si può procedere al trasferimento delle funzioni solo successivamente all'entrata in vigore dei provvedimenti legislativi di stanziamento delle risorse finanziarie volte ad assicurare i medesimi livelli essenziali delle prestazioni sull'intero territorio nazionale, ivi comprese le Regioni che non hanno sottoscritto le intese, al fine di scongiurare disparità di trattamento tra Regioni…».

[39] Corte cost., sent. n. 62/2020, secondo la quale la compatibilità con le risorse tra la dimensione finanziaria e attuativa dei LEA è già fissata attraverso la loro determinazione in sede normativa.

[40] Cfr. Corte cost., sent. n. 72/2020 e sent. n. 9/2026, sebbene riferite ai LEA sanitari; anche art. 8, comma 1, della l. n. 42 del 2009 («Al fine di adeguare le regole di finanziamento alla diversa natura delle funzioni spettanti alle regioni, nonché al principio di autonomia di entrata e di spesa fissato dall'articolo 119 della Costituzione, i decreti legislativi di cui all'articolo 2 sono adottati secondo i seguenti principi e criteri direttivi:

a) classificazione delle spese connesse a materie di competenza legislativa di cui all'articolo 117, terzo e quarto comma, della Costituzione nonché delle spese relative a materie di competenza esclusiva statale, in relazione alle quali le regioni esercitano competenze amministrative; tali spese sono:

1) spese riconducibili al vincolo dell'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione …»).

[41] Così M. Ladu, L. Spadacini, *La nozione costituzionale di livello essenziale delle prestazioni tra potestà normativa e autonomia finanziaria delle Regioni*, cit., 102.

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

tivo conferimento è possibile trasferire le relative funzioni agli Enti territoriali e imporre loro il rispetto dei livelli stabiliti a livello statale[42] con l'eventuale successivo intervento del Governo in via sostitutiva (art. 120, secondo comma, Cost.). Quindi si può ragionevolmente affermare che in assenza di finanziamenti puntuali non è possibile determinare nuovi LEP, oppure mantenere in essere quelli già previsti[43], sottolineandosi altresì che per tale valutazione deve prendersi a riferimento tutto il territorio nazionale.

La questione in ordine alla necessità di stabilire le fonti di finanziamento dei LEP non rileva soltanto con riguardo alla fase di erogazione della prestazione, essendo evidente che la mancata disponibilità di risorse non ne consente l'attuazione, ma pone una tematica più ampia, legata alla possibilità di esistenza di un LEP a prescindere dalle risorse che lo finanziano. Risulta evidente che laddove si dovesse ritenere che l'individuazione delle appropriate risorse è una fase prodromica costitutiva essenziale per istituire un LEP ne discenderebbe che in carenza di tale provvista nessun LEP potrebbe venire a giuridica esistenza. Ciò avrebbe quale inevitabile conseguenza che l'individuazione di un LEP senza contestuale indicazione delle risorse non sarebbe efficace e quindi non creerebbe alcun obbligo in capo allo Stato di erogarlo, né consentirebbe agli Enti territoriali e ai beneficiari di esigerne l'attuazione. Tuttavia le richiamate considerazioni potrebbero essere estese anche alla situazione in cui un LEP originariamente provvisto di adeguate risorse non venga successivamente rifinanziato, soprattutto laddove l'introduzione del LEP sia intervenuta per il tramite di una legge finanziaria, la cui previsioni hanno solitamente un orizzonte temporale circoscritto: se il finanziamento del LEP riguarda specifiche annualità è possibile ritenere che la sua «vigenza» sia limitata a tale periodo e, ove non venga «riattivato» con l'attribuzione di nuove risorse, non possa ritenersi operante per il periodo successivo.

La legge istitutiva di un LEP potrebbe perciò essere assimilata a

[42] Cfr. S. Aru, *Il procedimento di determinazione dei «livelli essenziali delle prestazioni» nell'ambito del regionalismo differenziato*, cit., 116 ss.; P. Torretta, *La disciplina dei LEP per l'autonomia differenziata (ma non solo) al vaglio della Corte costituzionale. Note a margine della sentenza n. 192/2024*, cit., 177-178.

[43] Corte cost., sent. n. 192/2024, al punto 14 del diritto, ha sottolineato come «i LEP sono un vincolo posto dal legislatore statale, tenendo conto delle risorse disponibili, e rivolto essenzialmente al legislatore regionale e alla pubblica amministrazione; la loro determinazione origina, poi, il dovere dello stesso Stato di garantirne il finanziamento».

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

una legge provvedimento[44] quanto alla sua vigenza temporale, poiché trascorso il periodo per il quale è stato garantito il finanziamento della prestazione la norma non può più essere ritenuta produttiva di effetti. Una tale conclusione risulta coerente con la qualificazione che la citata giurisprudenza costituzionale ha dato dei LEP, la cui determinazione rientra nella discrezionalità politica del legislatore statale, essendo «frutto di un bilanciamento, da operare tenendo conto delle risorse disponibili»[45]. Pertanto, preso atto della distinzione tra nucleo essenziale del diritto – di cogente applicazione e garantito dalla Corte costituzionale, anche nei confronti della legge statale e a prescindere da considerazioni di ordine finanziario[46] – e livelli essenziali delle prestazioni, ne deriva che questi ultimi devono essere discrezionalmente individuati dal legislatore statale con legge ordinaria (art. 117, secondo comma, lett. m., Cost.), che però non può vincolare né il medesimo legislatore per il futuro, imponendogli il mantenimento (e il finanziamento) di un LEP che non fosse più ritenuto necessario o per il quale non sarebbero più disponibili risorse in grado di garantirne l'applicazione su tutto il territorio nazionale[47], né può onerare gli Enti territo-

[44] Cfr. in generale, E. Rinaldi, *Leggi provvedimento e statuto costituzionale dell'amministrazione*, in *Costituzionalismo*, n. 1/2023, 140 ss.

[45] Corte cost., sent. n. 192/2024, punto 14.1 del diritto.

[46] Corte cost., sent. n. 192/2024, punto 14 del diritto.

[47] A prescindere dalla formale inclusione del reddito di cittadinanza nei LEP, è stato rilevato da Corte cost., sent. n. 31/2025, al punto 7.1 del diritto, che il predetto ausilio «pur presentando anche tratti propri di una misura di contrasto alla povertà, non si risolve in una provvidenza assistenziale diretta a soddisfare un bisogno primario dell'individuo, ma persegue diversi e più articolati obiettivi di politica attiva del lavoro e di integrazione sociale (…) È evidente che una simile struttura, fondata sulla temporaneità, precisi obblighi e soprattutto rigide condizionalità persino in grado, se disattese, di determinare il venir meno del diritto alla prestazione, risulterebbe del tutto inconciliabile con il carattere meramente assistenziale e quindi con le caratteristiche tipiche delle vere e proprie prestazioni di assistenza sociale, dove invece prevale l'esigenza, sostanzialmente incondizionata, di rispondere ai bisogni primari, "indifferenziabili e indilazionabili" (sent. n. 166 del 2018), cui sono relative (*ex plurimis*, sent. n. 42 del 2024 e ord. n. 29 del 2024)»; segnalano tale aspetto, M. Ladu, L. Spadacini, *La nozione costituzionale di livello essenziale delle prestazioni tra potestà normativa e autonomia finanziaria delle Regioni*, cit., 91; in argomento, G.M. Napolitano, *Nucleo minimo di un diritto vs Livelli essenziali delle prestazioni: la Corte ritorna sulla questione*, cit., 204-205; più in generale, G. Gotti, *Contrasto alla povertà ed eguaglianza sostanziale. Riflessioni a partire da alcune recenti indicazioni della Corte costituzionale*, in *Riv. Gruppo di Pisa*, n. 3/2025, 23 ss.

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

riali di tale incombenza, in assenza del trasferimento delle necessarie risorse, in violazione delle previsioni di cui all'art. 119 Cost.[48], in specie del quarto comma[49].

4. *Ambiti in cui sono stati introdotti i LEP*

Deve poi segnalarsi come la legislazione statale introduttiva dei LEP non sempre è caratterizzata da adeguata determinatezza e omogeneità in ordine alle prestazioni da considerare essenziali, essendo spesso connotata da vaghezza e genericità palesi, a differenza di quanto avviene con i livelli essenziali di assistenza (LEA) in ambito sanitario, dove, attraverso il d.P.C.M. del 12 gennaio 2017, sono state determinate con sufficiente precisione le prestazioni esigibili e le presupposte fonti di finanziamento[50]; a volte, all'indeterminatezza delle prestazioni LEP da erogare si accompagnano pure incertezze nell'indicazione delle risorse necessarie all'attuazione delle medesime prestazioni[51].

Attraverso la l. n. 42/2009, avente a oggetto la delega al Governo in materia di federalismo fiscale, si era stabilito che si dovesse procedere alla «determinazione del costo e del fabbisogno standard quale costo e fabbisogno che, valorizzando l'efficienza e l'efficacia, costituisce l'indicatore rispetto al quale comparare e valutare l'azione pubblica; definizione degli obiettivi di servizio cui devono tendere le amministrazioni regionali e locali nell'esercizio delle funzioni riconducibili ai livelli essenziali delle prestazioni o alle funzioni fondamentali di cui all'art. 117, secondo comma, lettere m) e p), della Costituzione» (art. 2, comma 2, lett. f) e di superare gradualmente, per tutti i livelli

[48] Corte cost., sent. n. 192/2024, punto 14 del diritto.

[49] Cfr. M. Ladu, L. Spadacini, *La nozione costituzionale di livello essenziale delle prestazioni tra potestà normativa e autonomia finanziaria delle Regioni*, cit., 101 ss.

[50] I LEA appartengono alla più ampia categoria dei LEP: cfr. Corte cost., sent. n. 169/2017, punto 9.3.1 e 9.3.2 del diritto; sulla intervenuta definizione esclusivamente dei LEA in ambito sanitario, S. Aru, *Il procedimento di determinazione dei «livelli essenziali delle prestazioni» nell'ambito del regionalismo differenziato*, cit., 114; M. Atripaldi, *Diritto alla salute e livelli essenziali di assistenza (LEA)*, in *Federalismi.it - Osservatorio di diritto sanitario*, 15 novembre 2017.

[51] L'individuazione delle risorse è un passaggio fondamentale per l'attuazione dei LIVEAS (livelli essenziali di assistenza sociale), per P. Torretta, *La legge n. 328/2000 e i livelli essenziali di assistenza sociale: dall'avvento del sistema integrato dei servizi sociali alla sua difficile attuazione*, in *Federalismi*, n. 23/2021, 220-221.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

istituzionali, il criterio della spesa storica a favore del fabbisogno standard per il finanziamento dei LEP (art. 2, comma 2, lett. m), nonché si imponeva la necessità di stabilire per gli Enti interessati premialità per i comportamenti virtuosi ed efficienti e meccanismi sanzionatori, compreso il potere sostitutivo, in relazione all'erogazione dei LEP (art. 2, comma 2, lett. z). Inoltre si segnalava l'esigenza di provvedere a definire le «modalità per cui la determinazione delle spettanze di ciascuna regione sul fondo perequativo tiene conto delle capacità fiscali da perequare e dei vincoli risultanti dalla legislazione intervenuta in attuazione dell'art. 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione, in modo da assicurare l'integrale copertura delle spese al fabbisogno standard» (art. 9, comma 1, lett. d).

Anche con le previsioni normative entrate in vigore successivamente, in particolare per mezzo dell'art. 1, comma 791, della l. n. 197/2022, si è stabilito di introdurre i LEP – intesi nella specie quale soglia di spesa costituzionalmente necessaria che costituisce nucleo invalicabile per erogare le prestazioni sociali di natura fondamentale – al fine di «assicurare uno svolgimento leale e trasparente dei rapporti finanziari tra lo Stato e le autonomie territoriali», «favorire un'equa ed efficiente allocazione delle risorse collegate al Piano nazionale di ripresa e resilienza» e consentire il «pieno superamento dei divari territoriali nel godimento delle prestazioni», senza tuttavia entrare nel dettaglio delle misure concrete da adottare per rendere direttamente attuabili i predetti LEP[52].

Pur non essendo eccessivamente dettagliate, tali previsioni risultano meno generiche delle precedenti contenute nell'art. 1, commi 159-171, della l. n. 234 del 2021, attraverso le quali sono stati definiti i Livelli essenziali delle prestazioni sociali (LEPS), anche sotto il profilo programmatico, organizzativo e territoriale; i LEPS sono costituiti dagli interventi, dai servizi, dalle attività e dalle prestazioni

[52] Anche in relazione al percorso personalizzato di inclusione sociale e lavorativa di cui all'art. 6, comma 8, del d.l. n. 48/2023, convertito con modificazioni dalla l. n. 85/2023, pur affermandosi che «i servizi per la definizione dei percorsi personalizzati e i sostegni in essi previsti costituiscono livelli essenziali delle prestazioni», non si indicano specificamente le risorse, ma si rinvia a quelle «disponibili a legislazione vigente»; sulla genericità e frammentarietà della legislazione in materia di LEPS, G. Tarli Barbieri, *Il quadro costituzionale: livelli essenziali e prestazioni di natura sociale nella logica del riparto di competenze tra Stato e Regioni*, cit., 83 ss.; S. Aru, *Il procedimento di determinazione dei «livelli essenziali delle prestazioni» nell'ambito del regionalismo differenziato*, cit., 121-122.

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

integrate che la Repubblica assicura con carattere di universalità su tutto il territorio nazionale per garantire qualità della vita, pari opportunità, non discriminazione, prevenzione, eliminazione o riduzione delle condizioni di svantaggio e di vulnerabilità (comma 159), ivi compresa l'erogazione dei servizi socio-assistenziali volti a promuovere la continuità e la qualità di vita a domicilio e nel contesto sociale di appartenenza delle persone anziane non autosufficienti (comma 162). Il comma 170 ha individuato, in sede di prima applicazione, i LEPS prioritari nell'ambito del Piano nazionale degli interventi e dei servizi sociali 2021-2023, consistenti in «a) pronto intervento sociale; b) supervisione del personale dei servizi sociali; c) servizi sociali per le dimissioni protette; d) prevenzione dell'allontanamento familiare; e) servizi per la residenza fittizia; f) progetti per il dopo di noi e per la vita indipendente». Il successivo comma 171 ha determinato, sebbene non in maniera del tutto puntuale[53], le risorse per finanziare anche i suddetti LEPS[54]. È presente anche una disposizione, ovvero il comma 172, avente a oggetto il livello minimo dei servizi educativi per l'infanzia (asili nido) da garantire nei vari contesti territoriali.

Molto più specifico risulta invece il LEP previsto dall'art. 1, commi 797 e 799, della l. n. 178/2020, riguardante il rapporto tra il numero di assistenti sociali impiegati nei servizi sociali territoriali e la popolazione residente, pari a 1 a 5.000 in ogni ambito territoriale (incrementabile con l'ulteriore obiettivo di servizio di un rapporto tra assistenti sociali impiegati nei servizi sociali territoriali e popolazione residente, pari a 1 a 4.000), pure accompagnato dall'individuazione delle fonti cui attingere le relative risorse[55].

Ugualmente puntuale appare la determinazione del LEP in ma-

[53] Segnala tale limite, G. Tarli Barbieri, *Il quadro costituzionale: livelli essenziali e prestazioni di natura sociale nella logica del riparto di competenze tra Stato e Regioni*, cit., 90.

[54] Cfr. Linee guida per la definizione dei modelli organizzativi omogenei degli Ambiti Territoriali Sociali per l'Attuazione dei Livelli Essenziali delle Prestazioni Sociali del Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali, in *https://www.lavoro.gov.it/documenti/linee-guida-ats*; E. Vivaldi, *Assistenza sociale e LEPS: qualche passo avanti e molti dubbi da sciogliere*, cit., 181-182.

[55] Cfr. P. Torretta, *La disciplina dei LEP per l'autonomia differenziata (ma non solo) al vaglio della Corte costituzionale. Note a margine della sentenza n. 192/2024*, cit., 175; G. Gotti, *Contrasto alla povertà ed eguaglianza sostanziale. Riflessioni a partire da alcune recenti indicazioni della Corte costituzionale*, cit., 42; E. Vivaldi, *Assistenza sociale e LEPS: qualche passo avanti e molti dubbi da sciogliere*, cit., 168.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

teria di assistenza all'autonomia e alla comunicazione personale per gli alunni e gli studenti con accertamento della condizione della disabilità in età evolutiva, previsto dall'art. 1, commi 706 e 707, della l. n. 199/2025, attraverso il quale si «garantisce un supporto adeguato, permanente e personalizzato, in attuazione del principio di inclusività, nel rispetto dei principi di uguaglianza e di non discriminazione. Costituisce contenuto del LEP, quale sua componente fondamentale, il numero di ore di assistenza all'autonomia e alla comunicazione personale, da assicurare, in via progressiva e nei limiti delle risorse disponibili a legislazione vigente, in misura corrispondente a quanto previsto nel piano educativo individualizzato (…). Sono, altresì, componenti fondamentali del LEP l'impiego di personale in possesso del profilo professionale individuato ai sensi dell'art. 3, comma 4, del decreto legislativo n. 66 del 2017 nonché il rispetto degli standard qualitativi individuati ai sensi del comma 5 *bis* del medesimo art. 3». Le risorse necessarie per finanziare il LEP sono da reperire nel Fondo unico per l'inclusione delle persone con disabilità, nel Fondo speciale per l'equità del livello dei servizi e nei bilanci delle Amministrazioni regionali e locali (art. 1, comma 711, della l. n. 199/2025)[56].

Sempre nella medesima fonte legislativa si prevede che «al fine di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che limitano l'uguaglianza dei cittadini nell'accesso all'istruzione universitaria e, in particolare, di consentire ai capaci e meritevoli, anche se privi di mezzi, di raggiungere i gradi più alti degli studi, sono fatti salvi i livelli essenziali di prestazione di cui all'art. 7 del d.lgs. 29 marzo 2012, n. 68», contenente i criteri per determinare l'importo della borsa di studio (art. 1, comma 712, della l. n. 199/2025); a tal proposito, il fondo integrativo statale per la concessione di borse di studio è stato incrementato di 250 milioni di euro annui a decorrere dall'anno 2026 (art. 1, comma 713, della l. n. 199/2025).

Una particolare tipologia di LEPS è costituita dall'ISEE (Indicatore della situazione economica equivalente) che rappresenta «lo strumento di valutazione, attraverso criteri unificati, della situazione economica di coloro che richiedono prestazioni sociali agevolate» (art. 2, comma 1, del d.P.C.M. n. 159/2013). Anche la determinazione e l'applicazione del predetto indicatore ai fini dell'accesso alle presta-

[56] Per approfondimenti, anche di carattere critico, su tale previsione, cfr. G.M. Napolitano, *Il paradosso delle buone intenzioni, quando il LEP mette a rischio l'effettività di un diritto sociale fondamentale*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 3/2026, 112 ss.

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

zioni sociali agevolate, nonché della definizione del livello di compartecipazione al costo delle medesime, costituisce livello essenziale delle prestazioni, ai sensi dell'art. 117, comma secondo, lettera m), della Costituzione[57].

A suo tempo, pur in assenza di una espressa qualificazione normativa, a conferma della già rilevata non essenzialità di tale presupposto, è stata ricondotta ai LEP anche l'istituzione della carta finalizzata all'acquisto generi alimentari e al pagamento delle forniture di energia elettrica e gas (carta acquisti, c.d. social card)[58], valorizzandosi la circostanza che le disposizioni con cui era stato introdotto tale ausilio finanziario non si limitavano alla mera enunciazione del proposito di destinare risorse per una finalità genericamente indicata, ma prevedevano «una provvidenza a tutela di un diritto sociale e disciplina[va]no in dettaglio l'attuazione di tale misura», essendo le norme in esame preordinate «al soddisfacimento delle esigenze prioritariamente di natura alimentare e successivamente anche energetiche e sanitarie dei cittadini meno abbienti», che in tal modo sarebbero stati alleviati nei loro impellenti bisogni primari[59].

Deve infine rilevarsi che pure la disciplina afferente al progetto di vita delle persone con disabilità, di cui all'art. 2, comma 1, lett. n), del d.lgs. n. 62/2024, in parte viene ricondotta ai LEPS (*rectius*, LEA), poiché per garantire l'inclusione dei suddetti individui le misure, le prestazioni e i servizi contenuti nel progetto di vita possono essere conformati sulla base delle esigenze emerse dalla valutazione multidimensionale e possono assumere contenuto personalizzato rispetto all'offerta disponibile, senza tuttavia le limitazioni imposte dall'offerta dei singoli servizi, nel rispetto dei livelli essenziali di assistenza di cui al d.P.C.M. del 12 gennaio 2017 e dei relativi tetti di spesa statali e regionali a legislazione vigente, per garantire prestazioni integrate e trasversali agli ambiti sociali e sanitario e alle rispettive competenze[60].

[57] Cons. Stato, sez. III, 20 aprile 2022, n. 2979.

[58] Cfr. art. 81, commi 29, 30 e da 32 a 38 *ter*, del d.l. n. 112/2008, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 113/2008.

[59] Corte cost., sent. n. 10/2010; ne fa cenno G. Tarli Barbieri, *Il quadro costituzionale: livelli essenziali e prestazioni di natura sociale nella logica del riparto di competenze tra Stato e Regioni*, cit., 67.

[60] Cfr. art. 28, comma 9, del d.lgs. n. 62/2024; A. De Vita, *Il progetto di vita individuale del soggetto disabile: aspetti sostanziali e questioni di giurisdizione*, in A. Candido (a cura di), *La presa in carico della persona fragile. Un dialogo tra giurisdizioni su questioni di diritto sociosanitario e socioassistenziale*, Torino, 2025, 325.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

Anche in tale frangente, tuttavia, le misure attribuite non sono adeguatamente dettagliate e specificate né nell'importo, né nella provenienza.

5. *Possibili limiti all'azionabilità in sede giurisdizionali delle pretese afferenti ai LEP*

Come per tutte le pretese che possiedono un fondamento giuridico, nessun dubbio può sussistere in ordine alla giustiziabilità delle vicende connesse ai LEP, stante l'ampia previsione dell'art. 24 Cost. che garantisce a tutti il diritto (di rango fondamentale, oltre che inviolabile[61]) di poter agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi.

Nella specie non ci si riferisce alle controversie riguardanti l'erogazione delle prestazioni connesse al nucleo essenziale dei diritti fondamentali, essendo in tali frangenti il diritto di azione sostanzialmente illimitato e ad ampio spettro, considerata la natura delle posizioni giuridiche coinvolte, che come già evidenziato non sono suscettibili di compressione neppure da parte del legislatore statale e nemmeno in carenza di risorse[62].

Con riguardo ai LEP in ambito sociale invece è necessario procedere a una verifica che, prendendo le mosse dall'esame della fonte normativa che li prevede, consenta di individuare i presupposti per

[61] «"L'azione in giudizio per la difesa dei propri diritti", (…), "è essa stessa il contenuto di un diritto, protetto dagli articoli 24 e 113 della Costituzione e da annoverarsi tra quelli inviolabili, riconducibili all'art. 2 della Costituzione […] e caratterizzanti lo stato democratico di diritto" (sent. n. 26 del 1999; in senso conforme sentenze n. 238 del 2014, n. 120 del 2014 e ord. n. 386 del 2004). Esso è riconosciuto a tutti, dal primo comma dell'art. 24 Cost., e a tutti spetta, com'è proprio dei diritti ascrivibili all'alveo dell'art. 2 Cost., riferito in maniera cristallina all'uomo»: Corte cost., sent. n. 157/2021; il diritto al giudice a tutela di diritti inviolabili, sancito dalla combinazione degli artt. 2 e 24 della Costituzione repubblicana è uno dei principi supremi dell'ordinamento italiano, secondo Corte cost., sent. n. 238/2014.

[62] Cfr. per tutte Corte cost., sent. n. 275/2016; Cons. Stato, sez. VII, 20 novembre 2024, n. 9323, annotata da L. Diotallevi, *Il «nocciolo duro» del diritto fondamentale al trasporto scolastico degli alunni disabili secondo il Consiglio di Stato*, in *Giur. cost.*, n. 4/2025, 1235 ss.; annotata altresì da M.L. Quattrocchi, *Il diritto fondamentale all'istruzione dei soggetti in condizione di disabilità*, in *Queste istituz.*, n. 4/2024, 83 ss.; in senso parzialmente contrario, Cons. Stato, sez. III, 12 agosto 2024, n. 7089; G.M. Napolitano, *Nucleo minimo di un diritto vs Livelli essenziali delle prestazioni: la Corte ritorna sulla questione*, cit., 208.

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

intraprendere un'azione in sede giurisdizionale in caso di rifiuto od omissione da parte del soggetto obbligato a darvi attuazione.

Non appare particolarmente problematica l'ammissibilità di un'azione in sede giurisdizionale finalizzata all'ottenimento di una prestazione individuata in maniera specifica dalla legge statale quale LEP e per cui sono state appostate le relative risorse[63]. La posizione giuridica nella specie deve essere qualificata come di diritto soggettivo, che impone immediatamente e senza alcun margine di discrezionalità all'Amministrazione pubblica onerata di darvi esecuzione, con conseguente spettanza della giurisdizione in capo al giudice ordinario[64].

Similmente, deve ritenersi che sia azionabile presso il medesimo giudice ordinario la pretesa che abbia a oggetto un LEP previsto puntualmente e senza limiti temporali dal legislatore e in relazione al quale non si sia provveduto (ancora) a individuare le pertinenti fonti di finanziamento, poiché in tal caso a seguito della determinazione (senza limitazioni di sorta) della prestazione «origina, poi, il dovere dello stesso Stato di garantirne il finanziamento»[65].

Meno agevole è la soluzione di quelle situazioni in cui la legge statale, pur avendo individuato il LEP, non soltanto non ha destinato in maniera specifica le risorse a copertura dello stesso, ma ha altresì riservato all'Amministrazione, in fase attuativa, un margine di intervento discrezionale nel quomodo e nel quando. Se non può essere negata tout court la prestazione, comunque imposta dalla legge statale, tuttavia in capo all'Ente pubblico residua un potere di puntuale determinazione dei presupposti e della misura della stessa, dovendosi conciliare il citato intervento con le facoltà e i margini valutativi che permangono in capo al citato Ente in fase di concreta attuazione del disposto legislativo.

[63] «Una eventuale tutela in sede giurisdizionale del LEP appare possibile, non per ottenere il riconoscimento del diritto, bensì del livello e degli standard uniformi della prestazione correlata, una volta che questa è stata definita legislativamente a livello nazionale», per G.M. Napolitano, *Nucleo minimo di un diritto vs Livelli essenziali delle prestazioni: la Corte ritorna sulla questione*, cit., 208-209.

[64] Cass., S.U., ord. 8 novembre 2021, n. 32416; Id., ord. 24 settembre 2020, n. 20164; Id., ord. 8 ottobre 2019, n. 25101; Cons. Stato, sez. III, 1° febbraio 2022, n. 702; C.G.A.R.S., 13 febbraio 2020, n. 114; Corte App. Palermo, sez. I, 19 settembre 2024, n. 18; A. Candido, *Quando il diritto diventa finanziariamente incondizionato*, cit., 58-59.

[65] Corte cost., sent. n. 192/2024, punto 14 del diritto; M. Ladu, L. Spadacini, *La nozione costituzionale di livello essenziale delle prestazioni tra potestà normativa e autonomia finanziaria delle Regioni*, cit., 95-96.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

Seppure debba ritenersi certamente suscettibile di tutela giurisdizionale anche la descritta pretesa, la relativa azione non può essere intrapresa in carenza di un previo intervento dell'Amministrazione che sola può procedere ad attuare, peraltro in maniera non del tutto vincolata, il comando del legislatore[66]. In tal caso, la giurisdizione deve ritenersi attribuita al giudice amministrativo[67], poiché nella specie l'Amministrazione agisce attraverso l'adozione di provvedimenti autoritativi, connotati da spendita di potere ed esercizio di discrezionalità, anche ove assuma comportamenti omissivi[68]. In via di ulteriore specificazione, deve aggiungersi che, ferma la giurisdizione del giudice amministrativo, in presenza di una mera inerzia dell'Amministrazione, la parte interessata potrà agire in giudizio ricorrendo al rito (speciale) avverso il silenzio dell'Amministrazione, disciplinato dagli artt. 31 e 117 cod. proc. amm. La peculiarità di tale giudizio, che si conclude in tempi alquanto ristretti, è data dalla possibilità per il giudice di pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio, almeno laddove ci si trovi al cospetto di un'attività vincolata o allorquando non residuino ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non siano necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'Amministrazione[69]; pur essendosi al cospetto di controversie in

[66] Cfr. sull'assegno di cura al soggetto disabile gravissimo, Cons. Stato, sez. III, 12 aprile 2022, n. 2728.

[67] A tal proposito deve rilevarsi che, sebbene il nostro ordinamento riconosca l'unità funzionale della giurisdizione, è prevista dalla stessa Costituzione una divisione organica della stessa, come reso evidente dalla presenza di diversi ordini di giudici che si occupano, in via esclusiva, dei vari segmenti della funzione giurisdizionale, la cui individuazione scaturisce dalla posizione giuridica soggettiva azionata oppure avuto riguardo alla materia trattata; tale assetto è legato alla specializzazione di ogni plesso giurisdizionale che, essendo in possesso di specifiche e peculiari competenze, è in grado di fornire una più adeguata risposta alla domanda di giustizia: A. De Vita, *Il progetto di vita individuale del soggetto disabile: aspetti sostanziali e questioni di giurisdizione*, cit., 336-337.

[68] Cass., S.U., ord. 20 gennaio 2022, n. 1781; Cass., S.U., ord. 1° febbraio 2021, n. 2159; C. Acocella, *Livelli essenziali delle prestazioni e giudice amministrativo*, in *PA Persona e Amministrazione*, n. 2/2023, 392 ss. nei giudizi antidiscriminatori la giurisdizione viene sempre attribuita, non del tutto condivisibilmente, al giudice ordinario, anche laddove a fondamento del trattamento differenziato oggetto di contestazione siano posti provvedimenti amministrativi: Corte cost., sent. n. 15/2024; Cass., S.U., 5 maggio 2026, n. 12704; Cass., I civ., 16 luglio 2026, n. 23363.

[69] Art. 31, comma 3, cod. proc. amm.; A. De Vita, *Il progetto di vita individuale del soggetto disabile: aspetti sostanziali e questioni di giurisdizione*, cit., 343-344.

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

cui non esistono atti vincolati (tranne che nell'an), potrebbe accadere che l'Amministrazione abbia già esaurito tutti i margini di discrezionalità a sua disposizione e quindi il giudice sia in grado di stabilire abbastanza puntualmente l'obbligo gravante sull'Amministrazione[70].

La sussistenza della giurisdizione amministrativa, anche con riguardo alla materia delle prestazioni sociali, non è comunque esclusa dalla necessità di garantire la tutela di posizioni giuridiche afferenti alla sfera personale degli individui, essendo ormai acquisita la piena idoneità del giudizio amministrativo ad assicurare una garanzia piena e conforme ai precetti costituzionali di riferimento anche ai diritti fondamentali dell'individuo[71]. Ciò trova una conferma anche nel diritto positivo, visto che l'art. 55, comma 2, secondo periodo, cod. proc. amm. stabilisce che «la concessione o il diniego della misura cautelare non può essere subordinata a cauzione quando la domanda cautelare attenga a diritti fondamentali della persona o ad altri beni di primario rilievo costituzionale»[72].

[70] Si segnalano, a titolo di esempio, T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 10 aprile 2025, n. 275, che richiama il tenore dell'istruttoria; T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 7 aprile 2025, n. 254, con riguardo al trattamento con modello ABA; T.A.R. Campania, Napoli, sez. VI, 10 ottobre 2024, n. 5317, sul progetto di vita già predisposto dalla Commissione UVI.

[71] Corte cost., sent. n. 140/2007; Cass., S.U., 25 novembre 2014, n. 25011; Cons. Stato, ad. pl., 12 aprile 2016, n. 7; Cons. Stato, sez. III, 20 novembre 2024, n. 9323; Cons. Stato, sez. III, 21 ottobre 2020, n. 6371; Cons. Stato, sez. III, 2 settembre 2014, n. 4460; da ultimo Corte cost., sent. n. 203/2024, punto 4.7.4 del diritto, secondo la quale il «ricorso al giudice amministrativo, (…) è certamente idoneo ad assicurare – grazie ai provvedimenti cautelari di cui agli artt. 55, 56 e 61 del codice del processo amministrativo – una tutela immediata ed effettiva contro eventuali provvedimenti lesivi dei diritti fondamentali dell'interessato»; anche A. Giusti, *Spigolature su riparto di giurisdizione*, cit., 197-198; R. R. Giani, *Giudice amministrativo e giurisdizione esclusiva sui diritti fondamentali: il caso del sostegno scolastico ai disabili e i dubbi sul criterio di riparto di giurisdizione seguito dalla Cassazione*, in *Quest. giust.*, n. 1/2021, 210-211; dovrebbe invece spettare al giudice ordinario ogni controversia in cui si faccia questione del nucleo duro dei diritti fondamentali, secondo E. Scotti, *I diritti fondamentali nel pluralismo delle giurisdizioni*, in *Quest. giust.*, n. 1/2021, 207.

[72] Si veda anche l'art. 133, comma 1, lett. *p*), cod. proc. amm. che affida alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche «… le controversie comunque attinenti alla complessiva azione di gestione del ciclo dei rifiuti, seppure posta in essere con comportamenti della pubblica amministrazione riconducibili, anche mediatamente, all'esercizio di un pubblico potere, quand'anche relative a diritti costitu-

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

Tale attività di matrice pubblicistica viene ricondotta all'alveo dei servizi pubblici, poiché finalizzata alla soddisfazione di un interesse generale, di carattere non economico, da parte dell'Amministrazione pubblica, che va a intersecare la posizione dei singoli consociati[73]; in conseguenza di ciò, con riguardo alla tematica legata all'individuazione del plesso giurisdizionale chiamato a dirimere le controversie in tale materia, si deve fare applicazione dell'art. 133, comma 1, lett. *c*), cod. proc. amm.[74] che attribuisce alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo «le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, ovvero relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo…»[75].

Ci si trova al cospetto di una di quelle «particolari materie» in cui, pur agendo l'Amministrazione-autorità, si rinviene un inestricabile intreccio tra le posizioni giuridiche coinvolte – sia di diritto soggettivo che di interesse legittimo – che ha indotto il legislatore ad affidare la tutela giurisdizionale al giudice amministrativo. La disposizione di cui al citato art. 133, comma 1, lett. *c*), cod. proc. amm. deve essere interpretata alla luce della sentenza della Corte cost. n. 204/2004, secondo la quale «la materia dei pubblici servizi può essere oggetto di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo se in essa la pubblica amministrazione agisce esercitando il suo potere autoritativo ovvero, attesa la facoltà, riconosciutale dalla legge, di adottare strumenti negoziali in sostituzione del potere autoritativo, se si vale di tale facoltà». Con la successiva sent. n. 191/2006, la Corte ha altresì precisato che la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo riguarda anche le controversie relative a «comportamenti» collegati all'esercizio, pur se illegittimo, di un pubblico potere, mentre per converso laddove si tratti di questioni che non involgono «anche» l'esercizio di

zionalmente tutelati»; anche M. Ramajoli, *Sui molteplici criteri di riparto*, cit., 285; sottolinea la particolare efficacia del giudizio amministrativo e della relativa tutela cautelare, R. Giani, *Giudice amministrativo e giurisdizione esclusiva*, cit., 212-213, anche A. De Vita, *Il progetto di vita individuale del soggetto disabile: aspetti sostanziali e questioni di giurisdizione*, cit., 341.

[73] Sulla nozione di servizio pubblico, cfr. Corte cost., sent. n. 325/2010; R. Villata, S. Valaguzza, *Pubblici servizi*, Torino, 2022.

[74] Riproduttivo dell'art. 33 del d.lgs. n. 80/1998.

[75] Così M. Ramajoli, *Sui molteplici criteri di riparto della giurisdizione*, cit., 279.

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

poteri amministrativi, le stesse risultano attratte alla giurisdizione del giudice ordinario[76].

Tornando alla possibilità per l'interessato di agire in giudizio in caso di mancata attuazione dei LEP in ambito sociale, minori certezze sussistono laddove la previsione delle suddette prestazioni sia stata abrogata del tutto oppure sia stata limitata a un determinato arco di efficacia temporale.

Come già segnalato in precedenza, la affermata discrezionalità in capo al legislatore statale nell'individuazione dei LEP non può che accompagnarsi all'assenza di una posizione giuridica tutelata in capo ai soggetti che avevano già beneficiato della prestazione o che ne avrebbe potuto beneficiare[77], con la conseguenza che nessuna azione giurisdizionale potrebbe essere utilmente avviata da un individuo per ottenere l'agognata utilità giuridica. Ove fosse comunque avviato un contenzioso in merito, stante l'assenza di una norma di legge determinativa dei LEP, lo stesso dovrebbe essere proposto presso la giurisdizione ordinaria, poiché non sarebbe contestato l'esercizio (illegittimo) di un potere amministrativo, ma si farebbe questione della sussistenza di un (asserito) diritto soggettivo, non soddisfatto dall'apparato pubblico in generale. È evidente che laddove il soggetto agente riuscisse a dimostrare che la prestazione afferisce a un diritto fondamentale, l'erronea qualificazione della stessa nell'ambito di un LEP non potrebbe impedire l'accoglimento della domanda giudiziale, magari previa declaratoria di incostituzionalità, per il tramite di una pronuncia di natura additiva, della norma di legge che non garantisce la tutela del citato diritto fondamentale.

Anche nel caso in cui, pur formalmente permanendo la previsione del LEP, il legislatore statale abbia ritenuto di non procedere al suo ulteriore finanziamento, a suo tempo stabilito in maniera temporanea[78], si deve ritenere che non sussista una posizione giuridicamente tutelata

[76] Corte cost., sent. n. 35/2010.

[77] Si veda la parabola del reddito di cittadinanza, definitivamente abrogato, a decorrere dal 1° gennaio 2024, dall'art. 1, comma 318, della l. n. 197 del 2022; in argomento, Corte cost., sent. n. 31/2025; G. Gotti, *Contrasto alla povertà ed eguaglianza sostanziale. Riflessioni a partire da alcune recenti indicazioni della Corte costituzionale*, cit., 23 ss.

[78] Si deve ritenere temporanea l'introduzione quando si individuano le specifiche annualità del finanziamento del LEP, implicitamente attribuendo al futuro legislatore la scelta in ordine alla permanenza della misura, con le correlate valutazioni in ordine alle fonti di reperimento delle risorse.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

in capo al potenziale beneficiario, con conseguente impossibilità per lo stesso di coltivare con successo un'azione in sede giurisdizionale. Tale evenienza deve essere distinta da quella, segnalata in precedenza, secondo la quale se il LEP è stato previsto a regime e viene a mancare soltanto la fonte di finanziamento, deve confermarsi l'obbligo per il legislatore statale di finanziarlo, sussistendo simmetricamente un diritto soggettivo in capo al beneficiario e una pretesa giuridicamente fondata in capo all'Ente deputato alla concreta erogazione della prestazione[79].

[79] Se per il privato l'azione giurisdizionale deve essere esperita in sede ordinaria, sussistendo un diritto soggettivo perfetto, per l'Ente pubblico onerato della prestazione, ma non finanziato, potrebbe prospettarsi un'azione in sede di giurisdizione amministrativa, trattandosi di rapporti di diritto pubblico, sub specie di delega di funzioni, oppure laddove si tratti di una Regione potrebbe anche ipotizzarsi un conflitto di attribuzioni contro lo Stato presso la Corte costituzionale ai sensi dell'art. 134 Cost.

Carolina Clò

Il ruolo del Giudice tutelare nella tutela delle persone con disabilità: autodeterminazione, misure di protezione e rapporti con i servizi territoriali

Sommario: 1. L'istituto dell'Amministrazione di Sostegno. – 2. Procedimento di nomina, scelta dell'ADS e revoca della misura - principali problematiche pratiche. – 3. Vigilanza gestoria sull'operato dell'Amministratore di Sostegno - principali problematiche pratiche. – 4. Autorizzazione a prestare il consenso/dissenso ai trattamenti terapeutico-sanitari con valutazione di eventuali DAT. – 5. La convalida o meno delle ordinanze sindacali di TSO. – 6. I rapporti del Giudice Tutelare con i Servizi Territoriali. – 7. Conclusione.

Il Giudice Tutelare è la figura centrale per la protezione delle persone con disabilità: ne tutela i diritti – cercando, fin dove è possibile, di rispettare la loro volontà e autodeterminazione – e vigila sul loro patrimonio, laddove previsto.

La principale normativa di riferimento, si rinviene, a livello nazionale, nel codice civile – così come modificato dalla l. n. 6 del 2004 (per le amministrazioni di sostegno, artt. 404-413); nella l. 219 del 2017 (sul consenso informato e sulle Disposizioni Anticipate di Trattamento-DAT); nella l. 112 del 2006 (sul dopo di noi); nella l. 833 del 1978 agli artt. da 33-35 (Trattamento Sanitario Obbligatorio), così come modificata a seguito della sent. n. 76 del 2025.

A livello sovranazionale, le principali fonti sono la Convenzione dell'ONU sui diritti delle persone con disabilità; la Convenzione sui diritti dell'uomo e della biomedicina - Oviedo 1997; la Carta Europea dei diritti del malato.

Occorre, tuttavia, tenere presente, sin da ora, che la l. 167/2025 delega il Governo a riordinare la materia della disabilità, introducendo misure per l'autodeterminazione, il superamento degli istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione, prevedendo, altresì, la semplificazione dei procedimenti amministrativi e digitali per le persone con disabilità.

Dichiarato obiettivo è quello di rendere le tutele più efficaci e su misura, senza cambiamenti immediati ma con una *roadmap* di decreti legislativi nei 24 mesi successivi.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

La legge delega n. 167/2025 avvia una riforma complessiva degli strumenti di protezione, volta a superare istituti rigidi come l'interdizione e l'inabilitazione, rendendo l'Amministrazione di Sostegno lo strumento ordinario e personalizzato di tutela.

In generale, le riforme del 2025-2026 (quella sopra citata e quella istitutiva dell'Autorità Garante Nazionale dei Diritti delle Persone con Disabilità) pongono maggiore enfasi sull'autonomia e sui desideri della persona disabile, riducendo l'approccio puramente «sostitutivo» a favore di uno «di supporto».

Tralasciando i desueti istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione – peraltro, destinati presumibilmente a scomparire a seguito della l. 167/2025 – il principale strumento a disposizione del Giudice Tutelare – in obbligata sinergia con i servizi territoriali (Servizi Sociali e Servizio Sanitario Nazionale) – per la tutela delle persone con disabilità è l'istituto dell'amministrazione di sostegno: dal procedimento di nomina alla sua revoca o cessazione, passando per la scelta dell'amministratore di sostegno, per la vigilanza gestoria continuativa sull'operato dello stesso (rendiconto ed equa indennità per l'ADS, provvedimenti su istanze concernenti atti di straordinaria amministrazione, interventi in caso di contrasti) ed, infine, per le autorizzazioni a prestare il consenso/dissenso ai trattamenti terapeutico-sanitari con valutazione di eventuali DAT.

Laddove quest'ultima prerogativa ed il relativo potere attribuito all'amministratore di sostegno non fosse sufficiente per tutelare la persona con disabilità, in particolare di natura psichica, difettando il Giudice Tutelare di poteri coercitivi, non residuerà che l'istituto del Trattamento Sanitario Obbligatorio, disposto con ordinanza del Sindaco su proposta di un medico e convalida di un altro.

In tale ipotesi, al giudice Tutelare è attribuito il potere di convalidare – al ricorrere di determinati presupposti e previa audizione dell'interessato – o meno l'ordinanza del Sindaco.

1. *L'istituto dell'Amministrazione di Sostegno*

Premessa e presupposti, art. 404 Codice Civile

L'art. 1 della l. n. 6/24 recita «la presente legge ha la finalità di tutelare, con la minore limitazione possibile della capacità di agire, le persone prive in tutto o in parte di autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana mediante interventi di sostegno temporaneo o permanente».

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

L'amministrazione di sostegno si pone, così, come uno strumento modulabile su ogni singolo caso concreto, in grado di fornire ai soggetti deboli un supporto (declinato in termini di rappresentanza o di assistenza), che miri a sostenere la capacità residua del soggetto, valorizzando la centralità della persona e il principio di autodeterminazione.

Ai sensi dell'art. 404 c.c. «La persona che, per effetto di una infermità ovvero di una menomazione fisica o psichica, si trova nella impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi, può essere assistita da un amministratore di sostegno, nominato dal giudice tutelare del luogo in cui questa ha la residenza o il domicilio».

A fronte del tenore letterale della norma, al Giudice Tutelare è rimesso un triplice accertamento: il primo concerne la sussistenza o meno di una infermità e/o di una menomazione fisica o psichica; il secondo concerne la verifica di una effettiva impossibilità, anche parziale, della persona beneficiaria di attendere ai propri interessi; il terzo, concerne il riscontro di un nesso causale tra le circostanze sopradette (cfr. sul punto, chiarissima, Cass., ord. 04.2.2014, n. 2364, Rel. Acierno).

La norma individua, dunque, due requisiti, uno di tipo soggettivo (la menomazione fisica o psichica), l'altro di tipo oggettivo (l'impossibilità di provvedere ai propri interessi), che devono coesistere ed essere legati da un rapporto di causalità.

Tuttavia, pur in presenza di tali requisiti devesi sottolineare che non sempre è automatica e necessaria la nomina di un amministratore di sostegno. L'attivazione di una misura di protezione sempre e in ciascuna situazione di bisogno si pone, invero, in contrasto con una lettura costituzionalmente orientata delle norme che presiedono tale istituto.

Se è vero, infatti, che lo Stato deve rimuovere gli ostacoli che, limitando di fatto l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana, con ciò accordando un diritto (art. 3 Cost.), è altresì vero che lo stesso Stato deve costantemente richiedere l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà sociale (art. 2 Cost.).

Ttali doveri sono posti, come è ovvio, in primo luogo a carico dei soggetti che – di fatto o in quanto a ciò normativamente tenuti – siano prossimi a chi, per qualsivoglia motivo, si trovi in situazione di bisogno: lo Stato, infatti, non può di certo prefiggersi l'obiettivo, del tutto irrealistico, che ogni suo singolo consociato abbia la «possibilità di provvedere ai propri interessi» del tutto autonomamente, e senza l'aiuto del prossimo.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

Sulla scorta di un'analisi del tessuto sociale italiano, infatti, ci si accorge agevolmente del fatto che determinate categorie di persone (ad es., gli analfabeti, gli anziani, le persone prive di adeguati mezzi culturali, gli stranieri, magari richiedenti protezione internazionale, del tutto slegati dal territorio nazionale sul quale sono appena giunti, etc.), solo da un punto di vista astratto hanno il potere di curare determinati loro interessi; nel concreto, invero, riescono ad esercitare i loro diritti con pienezza, solo in quanto si giovino dell'ausilio degli altri (della famiglia; dei servizi sociali; delle associazioni; attraverso l'utilizzo degli strumenti negoziali approntati dal diritto civile, quali mandato, procura, testamento pubblico *ex* art. 603, u.c., c.c., etc; ed in tanti altri modi ancora).

Senza tali strumenti, semplicemente, non ne sarebbero in grado.

Non si vede pertanto il motivo per il quale altri individui, sol perché affetti da patologie, pur invalidanti, che inibiscano loro di provvedere autonomamente ai propri interessi, debbano necessariamente ed ineluttabilmente essere assistiti da un soggetto di nomina giudiziale, laddove siano concretamente in grado di esercitare con pienezza i loro diritti avvalendosi del proficuo aiuto da parte di terzi.

Laddove, nel caso concreto, pur in presenza di una patologia astrattamente invalidante si riscontri

i) la presenza di una rete familiare attenta alle esigenze della persona beneficianda (e priva al suo interno di conflittualità, o tacciabile di un qualche, pur recondito, sospetto in ordine a velleità di approfittamento),

ii) l'intervento mirato dei soggetti istituzionali (su tutti, come è ovvio, i servizi socio-assistenziali) deputati all'ausilio delle persone variamente bisognose,

iii) la disponibilità, in termini di piena e sufficientemente informata accettazione, da parte del soggetto bisognoso, ad avvalersi dell'aiuto proveniente dai predetti soggetti,

iv) la limitata difficoltà di compimento delle «attività di protezione», in riferimento ad una agevole sormontabilità delle problematiche di natura pratica, burocratica e giuridica che via via si vadano a presentare,

l'apertura dell'amministrazione di sostegno sarebbe superflua ed inutilmente gravatoria in quanto foriera di innumerevoli – e non dispensabili – incombenti e spese (rendicontazione, presentazione di istanze, accessi in Tribunale, richieste di copie di provvedimenti, assunzione della qualifica di pubblico ufficiale, etc), che andrebbero unicamente ad assommarsi, senza alcun concreto giovamento, a tutte

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

le attività più squisitamente destinate alla cura quotidiana, personale e patrimoniale, degli interessi del soggetto bisognoso.

2. *Procedimento di nomina, scelta dell'ADS e revoca della misura - principali problematiche pratiche*

Su ricorso dei soggetti legittimati dal combinato disposto degli artt. 406 e 417 c.c., il Giudice Tutelare, se non provvede in via d'urgenza *ex* art. 404, comma 4 c.c. (cioè quando ravvisa l'esistenza di una minaccia non irrisoria per l'incolumità, la sicurezza, la salute della persona beneficianda o per gli interessi economico-patrimoniali della stessa suscettibili di incidere, laddove compromessi in modo grave, sulle prospettive di sopravvivenza della persona beneficiaria), fissa con decreto l'udienza per sentire personalmente la persona beneficianda (art. 407 comma 2 c.c.), unico soggetto la cui audizione è necessaria e imprescindibile.

Nel procedimento, non è necessaria la difesa tecnica. Pertanto, il ricorso potrà essere presentato direttamente dal ricorrente, senza il ministero di un difensore (si veda, però, Cass. civ., 29/11/2006, n. 25366 secondo la quale il procedimento di ADS non richiede la difesa tecnica, salvo che emerga la necessità di assumere provvedimenti che incidono su diritti fondamentali)

Sul tema è stata chiamata a pronunciarsi anche la Corte Costituzionale, la quale con l'ord. n. 128 del 19/04/07 ha dichiarato manifestamente infondata la questione, dal momento che alle norme contestate può essere data una lettura costituzionalmente orientata, tale per cui l'obbligatorietà della difesa viene in rilievo quando vengono in gioco diritti fondamentali della persona.

Nella prassi si è optato per la scelta di avvisare il beneficiando della facoltà di farsi assistere da un difensore in sede di decreto di fissazione dell'udienza per la sua audizione («Si avvisa la parte nei cui confronti è proposto il ricorso che ha facoltà di costituirsi nel procedimento con la rappresentanza o l'assistenza di un Avvocato, potendo essere adottati provvedimenti potenzialmente privativi, anche solo in parte, della capacità di agire»).

Al ricorso deve, ovviamente, essere allegata documentazione attestante la menomazione fisica o psichica posta a fondamento della richiesta ma il Giudice tutelare ha ampi poteri ufficiosi istruttori in merito a tale accertamento e ad ogni ulteriore elemento utile per la decisione (art. 407 comma 3).

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

Per valutare l'esistenza e l'entità della «menomazione fisica o psichica», soccorre, oggi, anche lo strumento introdotto dal Decreto Legislativo 10 maggio 2024, n. 62, provvedimento cardine per la definizione della condizione di disabilità in Italia, in attuazione della l. delega 227/2021 che introduce una prospettiva basata sul modello bio-psico-sociale dell'ICF (Classificazione Internazionale del Funzionamento), superando la visione puramente medica; semplifica i procedimenti eliminando la distinzione tra invalidità civile, handicap (l. 104/92) e altre certificazioni, accorpandoli in un'unica valutazione di base; introduce il diritto per ogni persona con disabilità di avere un «Progetto di vita» individuale, autogestito e partecipato, volto a garantire l'autonomia e l'inclusione sociale; rimuove dalle leggi italiane termini come «handicappato» o «invalido», sostituendoli con «persona con disabilità».

All'esito dell'udienza e degli accertamenti espletati, laddove ne ravvisi i presupposti, il Giudice Tutelare emette il decreto di nomina che si configura come un «vestito su misura» del caso concreto, tenendo conto, laddove possibile, degli interessi, delle esigenze di protezione, dei bisogni e delle richieste della persona.

Varieranno, caso per caso, ad esempio: durata della misura, natura del sostegno (assistenza o rappresentanza), poteri dell'ADS con riferimento alle specifiche necessità del beneficiario, estensione o meno al beneficiario degli effetti favorevoli interdizione e inabilitazione, ecc.

Ovviamente, detto decreto, potrà essere via via modificato o integrato a seconda delle necessità che si prospetteranno nel prosieguo.

In sostanza, il giudice, definendo l'oggetto del sostegno ed i poteri dell'amministratore, crea una sorta di vestito giuridico *ad hoc* per quel soggetto in quel momento.

Quanto alla scelta dell'ADS, la stessa deve avvenire in ossequio al disposto di cui all'art. 408 c.c., quindi, «con esclusivo riguardo alla cura e agli interessi della persona beneficiaria e dando preferenza, in primo luogo, alla volontà espressa dal beneficiario oppure scegliendo un soggetto del contesto familiare dello stesso. Infine, qualora non vi sia la possibilità o vi sia conflitto intrafamiliare, è possibile conferire l'incarico ad un soggetto estraneo alla famiglia (figura professionale o meno), il quale, sotto la costante supervisione del Giudice tutelare e con la collaborazione dei parenti (il cui ruolo non rimarrà in alcun modo sminuito), abbia come unico obiettivo il perseguimento del *best interest* della persona beneficiaria.

Dovrà, inoltre, tenersi conto dell'eventuale preferenza manifestata dal beneficiario nel corso di tutto il procedimento, sempre che egli conservi adeguata capacità di discernimento».

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Ci si domanda spesso se sia possibile nominare due amministratori di sostegno.

Sulla questione si possono delineare, in giurisprudenza, due indirizzi: uno *maggioritario*, favorevole alla doppia nomina, seppure a certe condizioni – in particolare purché agli ADS vengano conferiti poteri differenziati, ossia l'uno in ambito sanitario e l'altro in ambito economico-patrimoniale (così Trib. Modena 24.10.2005 e Trib. Modena 16.06.2014) – e l'altro *minoritario*, contrario (cfr. Trib. Varese decreto 13.07.2010).

Come è noto, il criterio fondamentale che il giudice deve seguire nella scelta dell'amministratore di sostegno è esclusivamente quello che riguarda la cura e gli interessi della persona beneficiaria, criterio che assicura una ampia facoltà di valutazione su quale sia il miglior soggetto da scegliere per assicurare al massimo la cura di tali interessi.

Di conseguenza, una lettura approfondita delle norme in tema di amministrazione di sostegno, in linea con la *ratio* dell'istituto, non può che portare a risposte costruite *ad hoc*, a seconda, cioè, di quello che serve, nel singolo contesto concreto, per il benessere del soggetto bisognoso di protezione.

In sintesi, sebbene i giudici tutelari possano orientarsi in modo diverso, le esigenze del caso concreto potrebbero giustificare la nomina di due amministratori di sostegno con competenze (e responsabilità) distinte.

Altra questione particolarmente delicata riguarda il caso in cui il beneficiario manifesti il proprio dissenso all'apertura della misura di protezione o al suo mantenimento.

Sul punto si è pronunciata la Corte Costituzionale (ord. n. 4/2007) la quale ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata sul punto affermando, espressamente, che in forza dell'art. 407 c.c. il Giudice Tutelare deve tenere conto, compatibilmente con gli interessi e le esigenze di protezione della persona, dei bisogni e delle richieste di questa.

Conseguentemente, afferma la Corte, il Giudice Tutelare «ha anche il potere di non procedere alla nomina dell'amministratore di sostegno in presenza del dissenso dell'interessato ove ritenga detto dissenso – nel contesto della fattispecie sottoposta al suo giudizio – giustificata e prevalente su ogni altra e diversa considerazione».

In sintesi, ed in concreto, il Giudice Tutelare ha ampia discrezionalità: egli può non procedere alla nomina, emettere un decreto di nomina «leggero» (a tempo determinato, in assistenza e non in rappresentanza, limitando maggiormente i poteri dell'amministratore di

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

sostegno, ecc.), revocare l'amministratore in caso di inefficacia (ostilità del beneficiario alla misura di protezione).

Infine, è bene sottolineare che è sempre ammessa la possibilità di reclamo, anche su iniziativa del beneficiario, contro il decreto istitutivo e contro i provvedimenti gestori del Giudice Tutelare durante tutto il corso della procedura

3. *Vigilanza gestoria sull'operato dell'Amministratore di Sostegno - principali problematiche pratiche*

Ovviamente il compito del Giudice Tutelare non si esaurisce con l'emanazione del decreto di nomina.

Egli, infatti, vigila sull'operato dell'ADS e, in generale, sull'andamento della procedura.

In particolare, il Giudice Tutelare modifica, integra o revoca il decreto di nomina a seconda delle esigenze del caso concreto; autorizza o meno gli atti di straordinaria amministrazione richiesti dall'ADS e dirime eventuali contrasti tra ADS e beneficiario ovvero tra questi ultimi ed i parenti (art. 410, comma 2 c.c.); approva o meno il rendiconto della gestione (che, a differenza delle altre misure di protezione onera l'Amministratore di sostegno anche di relazionare sulle condizioni di salute e abitative del beneficiario) e, se richiesto, liquida l'equa indennità all'Amministratore di sostegno ai sensi dell'art. 379 c.c.

Posto che la relazione periodica dell'amministratore di sostegno contiene anche indicazioni sulle condizioni di salute del beneficiario, sulla sua collocazione e altre informazioni sensibili, ci si domanda se sia possibile rendere nota ai terzi, in particolare ai parenti, tale relazione.

La norma principale in materia è l'art. 380 c.c., richiamata dal primo comma dell'art. 411 c.c., a mente della quale «il giudice può sottoporre il conto annuale […] a qualche prossimo parente del minore [leggasi interdetto, e leggasi, dunque, beneficiario di ADS]».

Sennonché, vanno svolte alcune precisazioni. La disposizione codicistica testé citata nasce nell'ambito della tutela minorile (e, quindi, degli interdetti), misura che approntava un deciso *focus* sulla protezione del patrimonio della persona priva di autonomia, ponendo in secondo ordine la assistenza del medesimo, specie dal punto di vista umano e personale.

Non è un caso, infatti, che le norme in tema di tutela tratteggino e richiamino istituti quali l'inventario ed il «conto» (vuoi annuale, vuoi finale), e non già quello, di più ampio respiro, rappresentato dalla re-

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

lazione periodica contente informazioni circa l'attività svolta e le condizioni di vita personale e sociale del beneficiario di amministrazione di sostegno (art 405, comma 5, nr. 6, c.c.).

È *ictu oculi* evidente come lo stravolgimento di prospettiva – che si riverbera a cascata sulle modalità e sui contenuti di comunicazione e raffronto tra l'amministratore di sostegno ed il Giudice Tutelare – comporti alcuni accorgimenti: se, infatti, documenti quali l'inventario ed il conto appaiono in qualche modo «asettici» e «statici», ben potendo constare a stretto rigore unicamente di dati economico-contabili, al contrario, la relazione periodica dell'amministratore di sostegno può, e financo deve, contenere emergenze sensibili e/o sensibilissime, come tali suscettibili di salvaguardia e secretazione.

È intuitivo comprendere come la ostensione di una relazione periodica contenente tali informazioni possa rischiare di compromettere irrimediabilmente le esigenze del beneficiario. D'altro canto, esattamente al contrario, una applicazione restrittiva delle norme sulla ostensione degli atti della procedura di ADS – limitata *de facto* al campo di applicazione di cui all'art. 380 c.c., e quindi circoscritta alla ostensione dei dati contabili – non può ritenersi soddisfacente, ed anzi può in casi estremi vanificare la filosofia stessa dell'istituto dell'ADS. Con riferimento ai dati concernenti le condizioni di vita personale e sociale del beneficiario (e financo a determinati aspetti sanitari), è infatti oggettivamente impensabile escludere *de plano* determinati parenti prossimi, magari mossi da spirito squisitamente affettivo nei confronti del beneficiario, pur sempre inserito in una delle formazioni sociali di cui all'art. 2 della Carta costituzionale.

In un'ottica ancora più generale, poi, non sfugga come il limitare il potere di controllo dei parenti all'esame contabile di cui all'art. 380 c.c. svilirebbe la portata della previsione di cui all'art. 410 c.c., che legittima i medesimi (è infatti richiamato l'art. 406 c.c.) a rivolgersi al Giudice Tutelare laddove ravvisino contrasto tra l'amministratore di sostegno ed il beneficiario, scelte o atti dannosi, negligenza, etc.

È quindi chiaro come il sindacato sull'operato dell'ADS, cui sono chiamati i parenti, debba essere reso possibile: e ciò può avvenire solo consentendo a costoro di partecipare, in misura congrua, alla procedura, attraverso una ostensione degli atti rilevanti.

Naturalmente, sono necessari dei temperamenti, al fine di ottenere il giusto bilanciamento tra le esigenze di trasparenza e le necessità di protezione.

In assenza di chiari indici normativi, si ritiene che le predette esigenze possano essere bilanciate attraverso un triplice ordine di stru-

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

menti, rimessi al Giudice: i) il riscontro di un interesse specifico e attuale in capo a chi richieda la visione di atti; ii) la conseguente necessità di espressa autorizzazione giudiziale, previo parere dell'ADS); iii) la conservazione del potere di secretazione di contenuti.

Così procedendo, si potrebbe dunque raggiungere l'obiettivo di coinvolgere soggetti estranei alla amministrazione, consentendo loro di esercitare le legittime prerogative di sorveglianza e sindacato dell'operato dell'ADS, al contempo salvaguardando le esigenze di riservatezza, privacy e protezione del beneficiario (e scongiurando il rischio di istanze di accesso esplorative o abusive o finalizzate a rendere farraginosa o ad ostacolare la procedura).

4. *Autorizzazione a prestare il consenso/dissenso ai trattamenti terapeutico-sanitari con valutazione di eventuali DAT*

Come accennato, una delle prerogative del Giudice Tutelare è quella di autorizzare o meno l'amministratore di sostegno a prestare il consenso ai trattamenti terapeutico-sanitari che si rendessero necessari o opportuni nell'interesse del beneficiario.

La questione è estremamente delicata in quanto, come è noto, il diritto alla salute del soggetto protetto ha carattere personalissimo, lo stesso non può essere trasferito al suo rappresentante e va riconosciuto al paziente il diritto a non curarsi.

Occorre, pertanto, operare un bilanciamento dei diritti costituzionalmente garantiti della salute e della libertà di autodeterminazione.

La legislazione vigente, per il combinato disposto dell'art. 404 c.c. e dell'art. 6 della convenzione di Oviedo del 1997, ratificata in Italia dalla l. n. 145 del 2001, consente, nel caso di persona che per infermità psichica o fisica sia impossibilitata a prestare il proprio consenso ai trattamenti sanitari, la nomina di amministratore di sostegno che la assista negli atti a cui la stessa non sia in grado di provvedere direttamente.

In coerenza con l'esigenza di tutela dei valori di libertà e dignità della persona, l'ordinamento offre alla persona affetta da disabilità la possibilità «di far sentire la propria voce» in merito all'attivazione, alla disattivazione e al rifiuto di uno specifico trattamento attraverso il rappresentante legale (l'amministratore di sostegno).

Tuttavia, la rappresentanza dell'amministratore di sostegno è sottoposta a un duplice ordine di vincoli, dovendo egli, innanzitutto, agire nell'esclusivo interesse dell'incapace e nella ricerca del suo *best interest*;

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

in secondo luogo, è importante ricordare che egli non deve decidere al posto dell'incapace né per l'incapace, bensì con l'incapace, quindi, ricostruendo la presunta volontà del paziente incosciente, tenendo conto dei desideri da lui espressi prima della perdita della coscienza.

Ne discende che al Giudice Tutelare spetta propriamente ed unicamente il controllo della legittimità della scelta operata dall'amministratore nell'interesse dell'incapace, in particolare allorquando si ravvisi un contrasto tra rappresentante legale e medico *ex* art. 3, comma 5 l. 219/2017.

In sintesi, spetta all'amministratore di sostegno prima, ed al Giudice Tutelare poi il delicato compito, nell'ipotesi di soggetto incapace di esprimere autonomamente le proprie determinazioni, di procedere alla ricostruzione della volontà del malato rispetto alle scelte di cura.

Tale attività è piuttosto agevole quando il beneficiario abbia, in passato, espressamente dichiarato di consentire o meno a determinati trattamenti terapeutici (attraverso le DAT).

Quando, invece, non sia stata in precedenza manifestata una volontà espressa, all'amministratore di sostegno (e al Giudice Tutelare in caso di contrasti) è attribuito il compito di indagare e comunicare la volontà presunta del beneficiario analizzando il suo stile di vita, la sua personalità, le sue convinzioni etiche e religiose, culturali e filosofiche, le quali possono suggerire in quale direzione egli si sarebbe orientato rispetto alla singola scelta di cura.

Tali principi sono stati espressamente affermati dalla Suprema Corte nella sent. n. 21748 del 2007.

Nella pratica, qualora si ponga la questione della manifestazione del consenso/dissenso ad un determinato trattamento terapeutico-sanitario, occorre distinguere: se il beneficiario è sostanzialmente in grado di autodeterminarsi, egli conserverà ogni capacità in ordine alla prestazione del consenso (o del dissenso) informato in relazione ad ogni scelta terapeutica. Non troverà dunque applicazione, sino a eventuale diverso provvedimento del Giudice Tutelare *ex* art. 407, comma 4, c.c., con riferimento ai rapporti con i medici e le strutture sanitarie, l'art. 3, comma 4, seconda parte l. 219/2017.

Se, invece, la capacità della persona è gravemente compromessa, all'amministratore di sostegno (avuto riguardo al disposto dell'art. 3, comma 4, seconda parte l. 219/2017) può e deve, essere deferito il potere di rappresentanza esclusiva nel prestare il consenso e/o il dissenso ad intraprendere i suddetti accertamenti, trattamenti sanitari, in considerazione dell'impossibilità, anche parziale, del beneficiario a prestare tale consenso.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

Ogni manifestazione di consenso e/o di dissenso agli accertamenti ed ai trattamenti terapeutici dovrà essere prestata con il beneficiario, e non al posto dello stesso, nel senso che l'amministratore nominato dovrà esprimere quello che risulterà essere il reale intendimento del soggetto beneficiario, parlando con lui, cogliendone per quanto più possibile i desideri e le aspirazioni, anche implicite e/o presunte, e non il proprio intendimento.

A tal fine l'ADS è ammesso a ricercare ed estrarre copia presso ogni Ufficio pubblico di cui all'art. 4, comma 6, l. 219/2017 (Comune di residenza del beneficiario; strutture sanitarie; registro nazionale notarile ove consentito;) di eventuali disposizioni anticipate di trattamento rese dal beneficiario in epoca antecedente la perdita della capacità di autodeterminarsi.

In caso di avvenuta nomina, nell'ambito delle d.a.t., di una persona fiduciaria diversa dall'amministratore di sostegno, quest'ultimo sottoporrà immediatamente la questione al Giudice Tutelare, chiarendo se vi siano gravissimi motivi ostativi al mantenimento dell'incarico di fiduciario il quale, sino a diverso provvedimento – in ossequio alla libertà di autodeterminazione di ciascuno e valorizzando la volontà precedentemente espressa dalla persona – deve essere considerato l'unico soggetto investito delle prerogative di cui alla l. 219/2017 e l'unico a potere e dovere rappresentare il paziente nelle relazioni con il medico e con le strutture sanitarie.

In generale, sarà cura dell'amministratore di sostegno investire di eventuali questioni relative al consenso e/o al dissenso informato il Giudice Tutelare, soltanto in caso di grave contrasto tra ADS e beneficiario e/o parenti prossimi di questi ove esistenti. Anche i sanitari, in tali evenienze, potranno rivolgersi al Giudice *ex* art. 3 l. 219/2017; ai medesimi va, tuttavia, ricordato che l'intervento in stato di necessità è sempre doveroso, incontrando l'unico limite del dissenso informato del paziente e/o del suo rappresentante legale, debitamente manifestato.

A fronte di tutto quanto sopra, è agevolmente intuibile che attribuire all'ADS il potere di esprimere il consenso/dissenso ai trattamenti terapeutico/sanitari non significa attribuirgli il potere di imporre le cure contro la volontà – ancorché viziata – del beneficiario.

La precisazione si rende necessaria nelle ipotesi di amministrazioni di sostegno attivate per supplire a menomazioni psichiche del beneficiario.

In tali casi, è, evidentemente, necessaria una maggiore presa in carico da parte dei servizi territoriali con eventuale attivazione del diverso e più stringente istituto del trattamento Sanitario Obbligatorio.

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

5. *La convalida o meno delle ordinanze sindacali di TSO*

Il Giudice Tutelare è una figura chiave nel Trattamento Sanitario Obbligatorio (TSO), intervenendo per convalidare o meno l'ordinanza del Sindaco entro 48 ore dall'invio, dopo aver sentito la persona interessata) per garantire i diritti costituzionali e la legalità del provvedimento restrittivo della libertà personale, assicurando che il trattamento sia necessario e proporzionato, e potendo disporne l'immediata cessazione se non convalida.

Questo controllo giurisdizionale è un presidio fondamentale per la libertà personale (art. 13 Cost.) e per il diritto alla salute (art. 32 Cost.) ed è rimesso al Giudice Tutelare proprio perché, in fondo, si tratta di tutelare una disabilità, seppur di natura psichica.

Con la sent. n. 76/2025 (pubblicata in Gazzetta Ufficiale in data 04.06.2025) la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 35 della l. 23.12.1978, n. 833 (istitutiva del servizio sanitario nazionale), nella parte in cui non prevede che:

a) il provvedimento del Sindaco che dispone il trattamento sanitario obbligatorio (TSO) in condizioni di degenza ospedaliera sia comunicato alla persona interessata o al suo legale rappresentante, se esistente;

b) il Giudice Tutelare senta la persona sottoposta al trattamento prima di convalidare il TSO;

c) il decreto di convalida sia notificato alla persona interessata o al suo legale rappresentante, se esistente.

Di conseguenza, il testo della norma nelle parti interpolate (commi 1-2-3-4), è il seguente:

«Il provvedimento con il quale il sindaco dispone il trattamento sanitario obbligatorio in condizioni di degenza ospedaliera, da emanarsi entro 48 ore dalla convalida di cui all'articolo 34, quarto comma, corredato dalla proposta medica motivata di cui all'articolo 33, terzo comma, e dalla suddetta convalida deve essere "comunicato alla persona interessata o al suo legale rappresentante, ove esistente, e" notificato, entro 48 ore dal ricovero, tramite messo comunale, al giudice tutelare nella cui circoscrizione rientra il comune.

Il giudice tutelare, entro le successive 48 ore, assunte le informazioni "sentita la persona interessata" e disposti gli eventuali accertamenti, provvede con decreto motivato a convalidare o non convalidare il provvedimento e ne dà comunicazione al sindaco "e ne dispone la notificazione alla persona interessata o al suo legale rappresentante, ove esistente". In caso di mancata convalida il sindaco dispone la ces-

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

sazione del trattamento sanitario obbligatorio in condizioni di degenza ospedaliera.

Se il provvedimento di cui al primo comma del presente articolo è disposto dal sindaco di un comune diverso da quello di residenza dell'infermo, ne va data comunicazione al sindaco di questo ultimo comune, nonché al giudice tutelare nella cui circoscrizione rientra il comune di residenza. Se il provvedimento di cui al primo comma del presente articolo è adottato nei confronti di cittadini stranieri o di apolidi, ne va data comunicazione al Ministero dell'interno, e al consolato competente, tramite il prefetto.

Nei casi in cui il trattamento sanitario obbligatorio debba protrarsi oltre il settimo giorno, ed in quelli di ulteriore prolungamento, il sanitario responsabile del servizio psichiatrico della unità sanitaria locale è tenuto a formulare, in tempo utile, una proposta motivata al sindaco che ha disposto il ricovero, il quale ne dà comunicazione "alla persona interessata o al suo legale rappresentante, ove esistente, e" al giudice tutelare, con le modalità e per gli adempimenti di cui al primo e secondo comma del presente articolo, indicando la ulteriore durata presumibile del trattamento stesso».

In sintesi, il Giudice Tutelare funge da garante giurisdizionale del TSO, assicurando che un provvedimento che limita la libertà personale sia legittimo, necessario e rispetti i diritti fondamentali della persona.

Il Procedimento prevede la stretta sinergia tra i servizi territoriali (Servizio Sanitario Nazionale e Comune) ed il Giudice Tutelare.

In particolare, esso è instaurato con la trasmissione al Giudice Tutelare, da parte del Sindaco, entro 48 ore dall'inizio del ricovero, dell'ordinanza con cui egli dispone il TSO, della proposta del TSO da parte di un medico e della relativa convalida da parte di un altro medico appartenente al Servizio Sanitario Nazionale.

Il Sindaco, in ottemperanza alla sentenza della Corte Costituzionale, deve oggi anche fornire al Giudice Tutelare la prova di aver comunicato gli atti di cui sopra anche all'interessato e al suol legale rappresentante, ove esistente.

Dopo l'obbligatorio ascolto dell'interessato da parte del Giudice Tutelare – al fine di verificare le condizioni reali della persona e l'eventuale esistenza di una rete di sostegno – quest'ultimo può richiedere d'ufficio ulteriori accertamenti e sollecitare i soggetti legittimati ad attivare misure di protezione come l'amministrazione di sostegno laddove emerga una grave fragilità sociale dell'interessato.

Entro 48 ore dalla ricezione, il Giudice emette un decreto motivato per convalidare o meno il TSO.

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Se il Giudice non convalida, il Sindaco deve interrompere immediatamente il trattamento.

Sia la persona sottoposta a TSO che chiunque ne abbia interesse può presentare ricorso al Tribunale competente contro il provvedimento convalidato dal Giudice Tutelare, tramite raccomandata.

6. *I rapporti del Giudice Tutelare con i Servizi Territoriali*

Per servizi territoriali si intendono i distretti sociali e sanitari territoriali, le strutture ospedaliere, i Servizi per il trattamento delle dipendenze, le Residenze Sanitarie Assistenziali, le Comunità Socio-Sanitarie per Disabili, i Centri Diurni per Disabili, i Centri Diurni Integrati per Anziani, le Strutture residenziali e semiresidenziali, le Strutture di riabilitazione ambulatoriale, ecc., tutti i servizi che tutelano o hanno in cura le persone in non autosufficienza.

Innanzi tutto, ai sensi dell'art. 406 comma 3 c.c., sono destinatari di un vero e proprio obbligo giuridico «i responsabili dei servizi sanitari e sociali direttamente impegnati nella cura e assistenza della persona, ove a conoscenza di fatti tali da rendere opportuna l'apertura del procedimento di amministrazione di sostegno».

Essi dovranno proporre il ricorso *ex* art 407 c.c. al Giudice Tutelare, o, in alternativa, dovranno fornire notizia delle circostanze a loro note al Pubblico Ministero tramite apposita segnalazione.

In questo secondo caso, sarà poi la Procura della Repubblica a valutare l'eventuale proposizione del ricorso.

Quindi, servizi sanitari e sociali, che generalmente in talune situazioni sono tenuti solo alla segnalazione, alla denuncia o alla trasmissione del referto all'autorità giudiziaria, in questo caso godono di una legittimazione attiva.

Ciò conferma quanto rappresentato nelle qui presenti premesse, cioè l'esplicito dovere dello Stato di proteggere i soggetti deboli, nel rispetto dei doveri di solidarietà politica, economica e sociale sanciti dall'art. 2 della Costituzione.

Tuttavia, il ruolo dei servizi sociosanitari non si esaurisce con la proposta di nomina di un amministratore di sostegno ma si sostanzia in una collaborazione continua a supporto e consulenza del Giudice Tutelare.

I servizi possono e devono, ad esempio, richiedere l'adozione di provvedimenti integrativi/modificativi/estintivi rispetto al decreto istitutivo di amministratore di sostegno, fornire informazioni spon-

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

tanee per segnalare negligenze/abusi/incapacità/ritardi nell'operato dell'amministratore, redigere relazioni psicologiche o informative, curare l'attuazione dei provvedimenti, predisporre col beneficiario e/o con la famiglia un piano individualizzato d'intervento, cioè una proposta di soluzione concreta (e condivisa) cui il G.T. può fare riferimento.

Tale funzione collaborativa riguarda non solo le situazioni per le quali direttamente si propone il ricorso, ma anche quelle il cui ricorso sia presentato da terzi e per le quali il Giudice Tutelare richieda supporto e consulenza.

7. *Conclusione*

Come è agevole notare, l'obiettivo delle recenti riforme è innanzitutto quello di superare istituti rigidi e desueti nella prassi giudiziaria quali l'interdizione e l'inabilitazione, rendendo l'ADS lo strumento ordinario e personalizzato di tutela della persona disabile.

Ora – anche grazie alla virtuosa prassi applicativa della giurisprudenza di merito e di legittimità – è enfatizzata l'autonomia e, ove possibile, la volontà della persona disabile con approccio che da stigmatizzante e sostitutivo diviene privo di pregiudizi (si pensi anche alla nuova terminologia utilizzata) e di supporto rendendo effettiva ed attuale la tutela dei soggetti deboli in ossequio ai principi cardine di cui agli artt. 2 e 3 Cost.

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Massimiliano Gioncada

Giurisdizione ordinaria e amministrativa: come orientarsi?

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Giurisdizione del giudice ordinario: principi generali e recenti interventi. – 3. Giurisdizione del giudice amministrativo: legittimità, esclusiva ed estesa al merito. – 4. Potere di disapplicazione del giudice ordinario e di annullamento del giudice amministrativo. – 5. Riparto di giurisdizione in ambiti sensibili: persone con disabilità e servizi socio-sanitari. - 5.1. Progetti individuali *ex* art. 14 l. n. 328/2000. - 5.2. Diritto al trattamento ABA per minorenni autistici e riparto di giurisdizione. - 5.3. Sostegno scolastico e ore di sostegno all'alunno con disabilità. - 5.4. Integrazione comunale della retta per strutture residenziali socio-sanitarie. - 5.5. Azioni restitutorie (ripetizione) di rette versate a strutture residenziali: il «caso Alzheimer». – 6. Conclusioni.

1. *Introduzione*

La giurisdizione, intesa come funzione di accertamento e decisione attribuita ai giudici dall'ordinamento (artt. 101, 102, 103 Cost.), si articola in un sistema a «numero chiuso», nel quale trovano posto la giurisdizione ordinaria, le sezioni specializzate istituite presso gli organi giudiziari ordinari e gli organi di giurisdizione speciale contemplati dalla Costituzione (T.A.R., Consiglio di Stato, Corte dei conti, ecc.), nel rispetto del divieto di istituire giudici straordinari o speciali posto dall'art. 102 Cost.

In questo quadro, l'accesso alla tutela giurisdizionale, riconosciuto dall'art. 24 Cost. come diritto fondamentale, si esercita nel rispetto delle regole dei diversi processi (civile, amministrativo, contabile, ecc.), ma è sempre funzionale all'effettività della tutela stessa.

2. *Giurisdizione del giudice ordinario: principi generali e recenti interventi*

L'art. 1 c.p.c. definisce in chiave programmatica la giurisdizione civile del giudice ordinario, che costituisce la forma «normale» di esercizio della funzione giurisdizionale e ha per oggetto la tutela dei diritti

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

soggettivi, anche nei confronti della pubblica amministrazione, salvo espressa deroga.

La giurisdizione ordinaria si esercita tanto in forme contenziose quanto nell'ambito della c.d. giurisdizione volontaria, particolarmente rilevante nella protezione delle «persone fragili» (amministrazione di sostegno, provvedimenti in favore di minori, ecc.).

Ai sensi dell'art. 5 c.p.c., la giurisdizione e la competenza si determinano con riguardo alla legge vigente e allo stato di fatto esistente al momento della proposizione della domanda (principio della *perpetuatio iurisdictionis*, che mira a garantire la stabilità giurisdizionale e l'economia processuale).

Per la determinazione della giurisdizione, la giurisprudenza di legittimità è ferma nel ritenere che occorre guardare al *petitum sostanziale* e alla *causa petendi* – cioè alla natura intrinseca della situazione giuridica fatta valere in giudizio – e non alla sola prospettazione formale delle parti.

Tale criterio è riaffermato costantemente dalle Sezioni Unite, per le quali il giudice deve individuare la giurisdizione in base alla natura del diritto azionato e alla fase (programmazione vs esecuzione) in cui si colloca l'intervento pubblico[1].

L'art. 37 c.p.c., come novellato dal d.lgs. n. 149/2022, prevede che il difetto di giurisdizione del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione sia rilevabile d'ufficio in qualunque stato e grado del processo, mentre quello nei confronti del giudice amministrativo o dei giudici speciali può essere rilevato d'ufficio solo in primo grado e, nei giudizi di impugnazione, soltanto se dedotto con specifico motivo.

La norma cristallizza un orientamento consolidato, che valorizza la natura «pregiudiziale di rito» della questione di giurisdizione, sottratta alla disponibilità delle parti, ma al contempo assoggettata a rigorosi limiti preclusivi in sede di gravame.

La Corte di Cassazione a Sezioni Unite, anche in recentissime ordinanze, ha chiarito che il regolamento preventivo di giurisdizione *ex* art. 41 c.p.c. può essere proposto anche dalla parte che ha instaurato il giudizio di merito, quando maturino ragionevoli dubbi sulla correttezza dell'originaria scelta del plesso giurisdizionale, e ciò anche se il convenuto non ha contestato la giurisdizione[2].

[1] Cfr., tra le ultime, Cass. civ., S.U., 23/01/2026, ord. n. 1582.

[2] Cfr. Cass. civ., S.U., 05/03/2026, ordd. nn. 5011 e 5012.

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Il ricorso al giudice regolatore è ammesso finché la causa non sia decisa nel merito in primo grado e consente di prevenire conflitti negativi o positivi di giurisdizione, assicurando coerenza sistemica e ragionevole durata del processo.

Ancora, in presenza di conflitti negativi reali di giurisdizione – quando, cioè, sia il giudice ordinario sia quello amministrativo abbiano declinato la giurisdizione – le Sezioni Unite, con la sentenza n. 27310/2023, hanno ribadito che il conflitto è denunciabile in ogni tempo *ex* art. 362, comma 2, n. 1, c.p.c., anche se una delle pronunce è passata in giudicato, proprio al fine di garantire che una tutela giurisdizionale effettiva non venga preclusa.

3. *Giurisdizione del giudice amministrativo: legittimità, esclusiva ed estesa al merito*

L'art. 7 c.p.a. definisce l'area della giurisdizione amministrativa, articolata in giurisdizione generale di legittimità, giurisdizione esclusiva e giurisdizione estesa al merito.

Sono devolute al giudice amministrativo le controversie concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle materie espressamente previste, anche di diritti soggettivi.

Il criterio centrale di riparto resta quello dell'esistenza o meno di un potere autoritativo in concreto esercitato: a fronte di un atto o comportamento riferibile all'esercizio di poteri pubblici, la posizione del privato assume normalmente la consistenza di interesse legittimo e la giurisdizione spetta al giudice amministrativo; ove manchi la spendita del potere autoritativo e si verta su un rapporto paritetico, la giurisdizione è invece del giudice ordinario.

La Corte costituzionale ha più volte precisato i confini della giurisdizione esclusiva, evidenziando che non è sufficiente un generico riferimento a una «materia» (es. pubblici servizi), ma occorre che la controversia concerna, in concreto, l'esercizio di un potere autoritativo, ovvero l'utilizzo di strumenti negoziali che presuppongano comunque un potere pubblico (art. 11 l. n. 241/1990).

In questa prospettiva, l'art. 133 c.p.a. – tra le varie ipotesi di giurisdizione esclusiva – attribuisce al giudice amministrativo, alla lett. c), le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi e ai provvedimenti adottati nell'ambito del procedimento amministrativo.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

Tale disposizione è stata oggetto di un importante intervento ermeneutico della Corte cost. n. 204/2004 e n. 191/2006, che hanno circoscritto la giurisdizione esclusiva alle ipotesi in cui la pubblica amministrazione agisca effettivamente come autorità, anche quando si avvalga di strumenti negoziali, e ha ribadito che, laddove non risulti alcun esercizio di poteri autoritativi, le controversie restano attratte alla giurisdizione ordinaria.

4. *Potere di disapplicazione del giudice ordinario e di annullamento del giudice amministrativo*

Gli artt. 2, 4 e 5 dell'Allegato E alla l. 20 marzo 1865, n. 2248 – legge sul contenzioso amministrativo – rappresentano ancora oggi la base normativa del potere di disapplicazione degli atti amministrativi da parte del giudice ordinario.

L'art. 2 devolve alla giurisdizione ordinaria tutte le cause in cui si faccia questione di un diritto civile o politico, «comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione», anche se siano stati emanati provvedimenti dell'autorità amministrativa.

L'art. 4 chiarisce che, quando la contestazione cade su un diritto che si assume leso da un atto amministrativo, i tribunali conoscono solo degli effetti dell'atto, senza poterlo annullare, riservando l'annullamento alle competenti autorità amministrative.

L'art. 5 impone alle autorità giudiziarie di applicare gli atti amministrativi «in quanto siano conformi alle leggi», legittimando il giudice ordinario a disapplicare l'atto illegittimo in quanto presupposto della fattispecie dedotta in giudizio.

La Cassazione ha chiarito che il potere di disapplicazione consente al giudice ordinario di non tener conto, nel caso concreto, degli effetti di un provvedimento amministrativo efficace ma illegittimo, ricostruendo il rapporto sottostante come se tale atto non esistesse.

La disapplicazione non incide sull'esistenza dell'atto, che permane nell'ordinamento, ma ne esclude la rilevanza nella specifica controversia.

Le più recenti pronunce hanno progressivamente ampliato l'ambito di operatività della disapplicazione, ammettendone l'esercizio anche nelle controversie in cui la pubblica amministrazione sia parte, purché la questione di legittimità dell'atto rilevi in via meramente incidentale e non abbia per oggetto l'annullamento del provvedimento.

In tal senso si colloca, ad esempio, la giurisprudenza che riconosce

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

al giudice ordinario il potere di disapplicare provvedimenti amministrativi illegittimi quando essi assumano il ruolo di antecedente logico rispetto a diritti soggettivi pienamente conformati.

Il giudice amministrativo, viceversa, resta titolare del potere di annullamento degli atti amministrativi viziati per incompetenza, violazione di legge o eccesso di potere, con effetti caducatori *ex tunc* e ripristino della situazione precedente.

Oggi, peraltro, il giudice amministrativo non si limita più alla mera funzione «demolitoria», potendo:

– condannare al risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi;

– adottare misure di ottemperanza e, se necessario, nominare un commissario *ad acta*;

– esercitare, nelle ipotesi di giurisdizione estesa al merito (art. 134 c.p.a.), poteri sostitutivi nei confronti dell'amministrazione, nei limiti stabiliti dalla legge.

5. *Riparto di giurisdizione in ambiti sensibili: persone con disabilità e servizi socio-sanitari*

La parte più recente e dinamica della giurisprudenza in tema di riparto di giurisdizione riguarda proprio le tutele connesse ai diritti fondamentali di persone con disabilità e di utenti di servizi socio-sanitari.

A titolo esemplificativo, e quindi, ovviamente, senza pretesa di esaustività: progetti individuali *ex* art. 14 della l. n. 328/2000, trattamenti ABA per minori autistici, sostegno scolastico, integrazione delle rette in strutture residenziali e azioni restitutorie di rette già versate.

Su questi temi le Sezioni Unite hanno assunto un ruolo decisivo di nomofilachia.

5.1. *Progetti individuali* ex *art. 14 l. n. 328/2000*

L'art. 14 l. n. 328/2000 prevede l'elaborazione, su richiesta della persona con disabilità (o del suo rappresentante), di un progetto di vita «individuale, personalizzato e partecipato», che, in una visione esistenziale unitaria, individua sostegni, interventi, servizi e accomodamenti ragionevoli necessari per migliorare la qualità della vita e favorire l'inclusione in tutti gli ambiti (scolastico, abitativo, lavorativo, sociale).

La giurisprudenza di legittimità, da tempo, ha stabilito che, una volta

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

adottato il progetto individuale, la persona con disabilità diviene titolare di un diritto soggettivo alla concreta erogazione delle prestazioni e dei servizi ivi programmati; la giurisdizione sulle controversie relative alla mancata attuazione del progetto spetta al giudice ordinario[3].

Tale principio è stato successivamente confermato e precisato, confermandosi che la fase attuativa del progetto – una volta definito il contenuto delle prestazioni – non lascia più spazio all'esercizio di poteri autoritativi, ma si colloca integralmente nell'ambito dei diritti soggettivi[4].

Diversamente, le controversie che investono la fase di elaborazione, aggiornamento o revisione del progetto – in cui l'amministrazione esercita una discrezionalità sia tecnica sia amministrativa – rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di pubblici servizi (art. 133, comma 1, lett. c, c.p.a.), in quanto attengono alla valutazione di legittimità dell'esercizio del potere programmatorio.

Ciò è stato confermato anche dalla giurisprudenza amministrativa più recente, la quale ha ritenuto che la contestazione del contenuto del progetto individuale (difetto di istruttoria, motivazione apparente, incoerenza con le esigenze della persona) configuri una posizione di interesse legittimo, mentre l'eventuale mancata esecuzione di un progetto adeguato e definitivamente approvato, ovvero un'applicazione solo parziale dello stesso, dà luogo a un diritto soggettivo, azionabile davanti al giudice ordinario.

5.2. *Diritto al trattamento ABA per minorenni autistici e riparto di giurisdizione*

Nel settore dei trattamenti pedagogico-educativi per bambini con disturbo dello spettro autistico, la tecnica ABA (Applied Behavior Analysis) è ormai riconosciuta, anche a livello normativo e scientifico, come prestazione inclusa nei livelli essenziali di assistenza (LEA).

La giurisprudenza amministrativa ha ribadito che il trattamento ABA rientra tra le prestazioni che il Servizio sanitario nazionale deve garantire, secondo le Linee Guida dell'Istituto Superiore di Sanità e il d.P.C.M. 12 gennaio 2017.

Sul piano del riparto di giurisdizione, le Sezioni Unite, con l'ord. n.

[3] Cfr. Cass. civ., S.U., 24/09/2020, ord. n. 20164.

[4] Cfr. Cass. civ., S.U., 27/01/2023, ord. n. 2481; id., 08/11/2021, ord. n. 32416.

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

1781/2022, hanno chiarito che la domanda diretta a far accertare il diritto del minore affetto da autismo a uno specifico trattamento ABA – sia nella forma di prestazioni dirette sia nella forma indennitaria per rimborso dei costi – appartiene, in linea di principio, alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. c, c.p.a., in quanto si controverte sull'esercizio del potere tecnico-discrezionale dell'amministrazione sanitaria nella definizione e modulazione del programma terapeutico.

Tuttavia, le stesse Sezioni Unite hanno precisato che occorre distinguere:

– se si discute della definizione o del «ri-dimensionamento» del programma terapeutico (es. riduzione del numero di ore ABA, scelta del setting, modalità di erogazione), è in gioco un potere autoritativo e la giurisdizione è amministrativa;

– viceversa, se vi è già un progetto o un programma terapeutico individuale che riconosce un certo numero di ore ABA e la controversia riguarda la mancata o parziale erogazione delle prestazioni così individuate, la situazione soggettiva è di diritto soggettivo pienamente conformato e la giurisdizione spetta al giudice ordinario, in linea con il principio affermato per i progetti *ex* art. 14 della l. 328/2000.

La giurisprudenza amministrativa più recente è totalmente allineata a questo schema, ed ha riconosciuto il diritto del minore autistico a ricevere il trattamento ABA nel numero di ore necessarie secondo le risultanze delle consulenze tecniche, anche oltre l'iniziale piano terapeutico, affermando la doverosità di un'adeguata motivazione, e di un'istruttoria approfondita che tenga conto dei risultati già acquisiti e degli obiettivi residui, in caso di riduzione o modifica del trattamento[5].

In sintesi, la pretesa al riconoscimento di un trattamento ABA nella fase di definizione/quantificazione del programma rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo; la pretesa all'esecuzione di un programma già conformato, invece, è di giurisdizione ordinaria, in quanto relativa a un diritto soggettivo pieno.

5.3. *Sostegno scolastico e ore di sostegno all'alunno con disabilità*

Il diritto all'inclusione scolastica degli alunni con disabilità trova base nella l. 5 febbraio 1992, n. 104, nella l. n. 67/2006 e nel d.lgs. 13 aprile 2017, n. 66, che disciplina il Piano Educativo Individualizzato (P.E.I.).

[5] Cfr. Cons. Stato, sez. III, 18/02/2026, n. 1273.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

Il P.E.I. individua obiettivi, strumenti, strategie e, soprattutto, il numero di ore di sostegno necessarie per la piena integrazione dell'alunno.

Le Sezioni Unite hanno tracciato una linea molto chiara sul riparto di giurisdizione in materia:

– le controversie che riguardano la determinazione del contenuto del P.E.I. e la consistenza dell'insegnamento di sostegno (numero di ore, modalità di erogazione, organizzazione del servizio) rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. c, c.p.a., poiché attengono all'esercizio di un potere discrezionale dell'amministrazione scolastica;

– le controversie che si collocano «a valle» di un P.E.I. già formato, e che hanno a oggetto la mancata o insufficiente attuazione delle ore di sostegno ivi previste, appartengono invece al giudice ordinario, in quanto il diritto dell'alunno a essere seguito da un docente di sostegno per il numero di ore programmato è ormai un diritto soggettivo pienamente conformato[6].

In particolare, la «storica» ord. n. 25101/2019 delle Sezioni Unite – cui la giurisprudenza successiva ha dato continuità – ha affermato che, una volta che il P.E.I. abbia indicato il numero di ore necessarie di sostegno, l'amministrazione scolastica è priva di discrezionalità nel rimodularle *in pejus* per ragioni di contenimento della spesa; l'omissione o l'insufficienza nell'apprestamento del sostegno integra una discriminazione indiretta ai sensi dell'art. 2 l. n. 67/2006, e la giurisdizione in tali casi spetta al giudice ordinario.

Le Sezioni Unite hanno ribadito questa impostazione anche in relazione ai casi in cui l'alunno agisca lamentando, in sede civile, la discriminazione subita per l'assegnazione di un numero di ore inferiore a quelle previste dal P.E.I.[7].

La giurisprudenza amministrativa ha tuttavia evidenziato un possibile contrasto interpretativo, sostenendo, in alcune pronunce, la permanenza della giurisdizione amministrativa anche quando la contestazione intervenga dopo la redazione del P.E.I., se il petitum sostanziale riguarda la consistenza dell'insegnamento di sostegno e non (solo) la discriminazione.

Il quadro, può così sintetizzarsi:

– giurisdizione amministrativa esclusiva in tutte le controversie

[6] Cfr. Cass. civ., S.U., 01/02/2021, ord. n. 2159.

[7] Cfr. Cass. civ., S.U., 08/10/2019, ord. n. 25101.

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

che investono l'esercizio del potere autoritativo nella determinazione dell'offerta di sostegno (P.E.I., quantificazione ore, scelte organizzative);

– giurisdizione ordinaria quando si agisce per ottenere l'attuazione di un P.E.I. già formatosi, o si deduce una discriminazione *ex* l. n. 67/2006, a prescindere dalla qualificazione formale della domanda.

Devesi comunque considerare che, recentemente, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno introdotto alcuni importanti spunti di riflessione[8].

Il suindicato riparto è sostanzialmente ribadito, ma l'eccezione introdotta è la seguente: anche prima dell'approvazione del PEI, va affermata la giurisdizione del giudice ordinario ove, con il ricorso, si denunci che le determinazioni dell'autorità scolastica in ordine all'assegnazione delle ore di sostegno siano idonee a porre in essere una discriminazione indiretta.

Se nella fase prodromica (prima del PEI definitivo) si contesta solo la legittimità dell'iter/procedimento, senza evocare la discriminazione ai sensi della l. n. 67/2006, la giurisdizione resta del giudice amministrativo, ma se, in quella stessa fase, la domanda è strutturata come azione antidiscriminatoria, facendo valere il *quid pluris* della discriminazione (diretta o indiretta), la giurisdizione, per specialità della disciplina antidiscriminatoria, spetta al giudice ordinario.

La Corte richiama espressamente il criterio della *lex specialis derogans*: la normativa antidiscriminatoria, che attribuisce l'azione al giudice ordinario, prevale sulla regola generale di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di pubblici servizi (art. 133 c.p.a.) quando la *causa petendi* è la discriminazione.

Le Sezioni Unite avvertono però che:

– la mera allegazione formale della discriminazione non può diventare un espediente per spostare qualsiasi controversia dal giudice amministrativo al giudice ordinario;

– la condotta dell'amministrazione può effettivamente assumere connotato discriminatorio, nella fase prodromica, soprattutto quando il potere discrezionale risulta già «limitato a monte» dalle determinazioni del G.L.O. (ad esempio, quando il G.L.O. ha già indicato il fabbisogno in ore e il dirigente scolastico se ne discosta verso il basso).

Per l'effetto, la parte che agisce in una fase ancora «embrionale» del procedimento, prima che il G.L.O. abbia definito il fabbisogno, pur potendosi rivolgere al giudice ordinario, si assume il rischio di non ri-

[8] Cfr. Cass. civ., S.U., 05/05/2026, n. 12704.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

uscire a dimostrare una vera discriminazione *ex* l. n. 67/2006, proprio perché l'amministrazione conserva ancora una discrezionalità ampia.

5.4. *Integrazione comunale della retta per strutture residenziali socio-sanitarie*

La l. n. 328/2000, all'art. 6, comma 4, stabilisce che, per i soggetti che necessitano di ricovero stabile presso strutture residenziali, il Comune di residenza assume gli obblighi connessi all'eventuale integrazione economica della retta.

La disciplina della compartecipazione al costo delle prestazioni socio-sanitarie è oggi strettamente connessa al sistema ISEE delineato dal d.P.C.M. n. 159/2013 e ai regolamenti regionali e locali.

In giurisprudenza è ormai consolidato l'orientamento secondo cui occorre distinguere:

– le controversie che hanno a oggetto gli atti e regolamenti generali con cui gli «enti erogatori»[9] (per citare le parole del d.P.C.M. n. 159/2013), vale a dire, tipicamente, i Comuni definiscono i criteri di compartecipazione alla spesa (es. soglie I.S.E.E., percentuali di copertura, modalità di calcolo della quota sociale): trattandosi di atti autoritativi, esse rientrano nella giurisdizione del giudice amministrativo;

– le controversie che riguardano l'applicazione, in concreto, dei criteri già fissati, ossia la determinazione dell'importo della quota a carico del singolo assistito o il rimborso della quota sanitaria tra Comune e l'Azienda Sanitaria competente: in questi casi, le Sezioni Unite riconoscono la giurisdizione del giudice ordinario, poiché il rapporto è regolato direttamente dalla legge (e dalle fonti attuative) e non residua un potere autoritativo nella concreta esazione o ripartizione della retta.

Assumiamo, vista l'ordinarietà dei casi, che l'ente erogatore sia individuabile nel Comune (di ultima residenza).

Il classico meccanismo è il seguente:

a) il beneficiario, o chi lo rappresenta, presenta al Comune una istanza di integrazione della retta;
b) questi istruisce il procedimento per valutarne l'ammissibilità e stabilire la suddivisione della spesa;

[9] Che non devono in alcun modo confondersi con gli enti gestori, cioè i soggetti che materialmente erogano/assicurano la prestazione assistenziale (ad esempio: le R.S.A., ecc.).

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

c) concluso il procedimento, ai sensi dell'art. 2 della l. n. 241/1990, il Comune è tenuto ad adottare un provvedimento motivato a riguardo.

Si badi che l'obbligo di integrazione della retta da parte del Comune non sussiste a prescindere, ma è condizionato dalla presenza dei prerequisiti che lo giustificano.

In tal senso, l'obbligo comunale di copertura dei costi, in correlazione con la disciplina I.S.E.E., è imposto *ex lege*, ma richiede, per espressa previsione normativa, un atto di impulso da parte dell'interessato: una istanza, cui allegare l'attestazione I.S.E.E. in corso di validità, al fine di determinare l'*an* e il *quantum*, dell'apporto comunale.

La mancata presentazione di un'istanza non può essere sanata tramite la presentazione di una domanda cumulativa e retroattiva, di qui l'onere, in capo alla parte privata, di tempestiva impugnazione dei provvedimenti amministrativi adottati quando ritenuti non conformi alla disciplina vigente.

Ma cosa può accadere?

All'esito dell'istruttoria, questi i possibili esiti:

a) il Comune accoglie l'istanza, e suddivide correttamente i costi tra sé e parte privata;
b) il Comune rigetta l'istanza, con varie motivazioni;
c) il Comune resta silente.

Nel primo caso, ovviamente, la questione può dirsi risolta positivamente.

Nel secondo caso, parte privata potrebbe ritenere illegittimo il provvedimento adottato, decidendo quindi di contestarlo.

L'orientamento giurisprudenziale assolutamente prevalente afferma, in questi casi, la giurisdizione del giudice amministrativo, richiamando l'art. 133, comma 1 lett. c) del c.p.a.

Si ritiene la predetta giurisdizione in quanto, in quei casi, non si controverte in ordine a «indennità, canoni ed altri corrispettivi», relativi al rapporto concessorio fra Comune concedente ed ente concessionario, venendo in rilievo controversie «in materia di pubblici servizi […] relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione».

L'attribuzione al giudice amministrativo della giurisdizione esclusiva in determinate materie implica, evidentemente, una cognizione piena, e non limitata ai soli profili di esercizio discrezionale del potere, delle controversie ad essa riferibili.

Si ritiene, in quei casi, che gli atti e provvedimenti comunali impugnati hanno natura autoritativa e non paritetica e con la domanda di

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

annullamento di essi è azionata in giudizio una situazione soggettiva di interesse legittimo e non di diritto soggettivo.

Non mancano, comunque, isolate pronunce di segno contrario, che però devono poggiarsi sul presupposto di atti privi di spessore provvedimentale, in contesti paritetici di natura obbligatoria fra il privato e l'amministrazione, per i quali non si rinviene l'esercizio di un potere discrezionale dell'amministrazione.

Come suaccennato, occorre dunque distinguere le liti che hanno ad oggetto i provvedimenti generali con i quali vengono dettati i criteri che definiscono la compartecipazione dell'assistito alle spese di ricovero ed i provvedimenti applicativi di essi e, dall'altro lato, le controversie che hanno ad oggetto gli atti che si pongono a valle di quelli appena indicati, con i quali le Amministrazioni, fanno valere nel concreto la pretesa di compartecipazione dell'assistito quantificandone l'ammontare.

Nel primo caso la giurisdizione appartiene al giudice amministrativo, nel secondo al giudice ordinario.

Nel terzo caso, devesi rammentare, in via preliminare, che l'art. 31, comma 2 C.p.a., dispone al primo periodo che l'azione avverso il silenzio può essere proposta sino a quando perdura l'inadempimento e comunque entro l'anno dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento, mentre al secondo periodo sancisce che è fatta salva la possibilità di riproporre l'istanza di avvio del procedimento «ove ne ricorrano i presupposti».

Tenendo presente che:

- a fronte di un'istanza di integrazione della retta, sussiste l'obbligo dell'amministrazione competente di avviare il procedimento per verificare se sussistano, o meno, i presupposti per l'adozione del provvedimento di determinazione dell'integrazione economica richiesta, nonché l'obbligo di provvedere sull'istanza mediante adozione di un provvedimento espresso;
- la situazione giuridica dedotta in giudizio riguarda la fruizione di prestazioni sanitarie e sociosanitarie residenziali;
- detta situazione risulta conformata da atti regolatori di fonte non solo legislativa, ma anche regolamentare ed amministrativa,

è evidente che la posizione soggettiva del privato, rispetto alla determinazione dell'eventuale integrazione economica, è pertanto incisa dall'esercizio di un potere amministrativo discrezionalmente conformato «a monte» e, dunque, assume la natura di interesse legittimo.

In questi casi, deve affermarsi la giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo, in quanto viene in rilievo l'omesso esercizio di

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

un potere amministrativo incidente su posizioni di interesse legittimo di parte privata[10].

5.5. *Azioni restitutorie (ripetizione) di rette versate a strutture residenziali: il «caso Alzheimer»*

Negli ultimi anni si è diffuso il contenzioso promosso da assistiti, o loro eredi, per ottenere la restituzione di somme versate a enti gestori di strutture residenziali, a titolo di retta di ricovero, sul presupposto che i contratti di ingresso fossero nulli per contrasto con norme imperative poiché, alla luce delle condizioni del ricoverato, i costi dovevano interamente gravare sul Fondo sanitario.

Trattasi di una tipica azione di ripetizione di un (asserito) indebito.

In questi casi, come anzidetto, sul piano della legittimazione attiva si possono distinguere tre ipotesi (la prima delle quali meramente teorica):

– il ricoverato ancora in vita e capace agisce in proprio come *solvens* diretto;
– il rappresentante legale del ricoverato (amministratore di sostegno o tutore) agisce nell'interesse del beneficiario;
– gli eredi del ricoverato deceduto, subentrati nei diritti e nelle obbligazioni del *de cuius*, agiscono, legittimati *iure successionis*.

L'azione di ripetizione dell'indebito è proposta nei confronti dell'ente gestore della struttura residenziale che ha percepito le somme ritenute non dovute (*accipiens*) ma, alla luce del presupposto di cui in premessa, nel caso in cui il giudice accertasse la sussistenza di tutti i requisiti per riconoscere che il ricovero era da porre a integrale carico del Fondo Sanitario, è proprio il Servizio Sanitario, pel tramite delle proprie articolazioni operative regionali (A.S.L./A.U.S.L./U.L.S.S./A.T.S., ecc.) a dover tenere indenne il gestore dal pagamento (restituzione) cui è stato condannato.

La tipica azione giudiziale di ripetizione, che si manifesta in via difensiva (opposizione a decreto ingiuntivo) ovvero in via attiva (domanda riconvenzionale o azione autonoma), si è enormemente sviluppata, negli ultimi anni, con riferimento ai ricoverati in strutture residenziali con malattia di Alzheimer.

Sul punto, vero è che la Suprema Corte di Cassazione è intervenuta

[10] Cfr. T.A.R. Veneto, Sez. III, 15/12/2025, n. 2380; id., 20/03/2025, n. 385; id., 28/01/2025, n. 130; id., 22/02/2024, n. 306.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

in più occasioni, dettando i relativi principi di diritto, ma è altrettanto vero che la stessa giurisprudenza ha evidenziato che non esiste nessun automatismo tra malattia di Alzheimer e diritto al ricovero gratuito: questa malattia non elide in radice l'onere della prova in capo al privato (interessato, amministratore di sostegno o erede), circa la natura delle prestazioni erogate, e non esclude affatto che il giudice ritenga necessario esperire una C.T.U. per l'accertamento delle condizioni cliniche della persona, sulla scorta della documentazione sanitaria acquisita in atti (cartelle cliniche, diari clinici, piani assistenziali individualizzati, ecc.).

In tali casi, il rapporto dedotto in giudizio è tipicamente privatistico: l'azione, infatti, si limita a chiedere la restituzione di somme sulla base di un rapporto ormai «conformato» o paritetico.

La pretesa ha natura di diritto soggettivo perfetto alla ripetizione dell'indebito o alla declaratoria di nullità di un contratto di ricovero, e la giurisdizione appartiene pacificamente al giudice ordinario.

6. *Conclusioni*

Nell'evoluzione più recente, le Sezioni Unite hanno valorizzato una concezione «dinamica» della giurisdizione, intesa come strumento di effettività della tutela, più che come mera ripartizione statica di materie.

La dottrina e la giurisprudenza hanno sottolineato che i motivi inerenti alla giurisdizione ai sensi dell'art. 111, comma 8, Cost. possono ricomprendere anche ipotesi di diniego di tutela giurisdizionale o di interpretazioni che precludano l'accesso effettivo al giudice.

La stessa giurisprudenza costituzionale ha più volte richiamato la centralità del principio di effettività: l'art. 7, comma 7, c.p.a. afferma espressamente che il principio di effettività è realizzato attraverso la concentrazione davanti al giudice amministrativo di ogni forma di tutela degli interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, dei diritti soggettivi.

Le Sezioni Unite hanno ripreso questo principio, declinandolo sia in senso di ampliamento della giurisdizione ordinaria (come nel caso delle azioni risarcitorie per lesione dell'affidamento, ove l'oggetto non è il sindacato sull'esercizio del potere ma la violazione dei doveri di buona fede e correttezza)[11], sia in senso di precisa delimitazione del-

[11] Cfr. Cass. civ., S.U., 24/01/2023, ord. n. 2175.

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

la giurisdizione esclusiva amministrativa (come in materia di pubblici servizi e tutele delle persone con disabilità).

Il risultato è un sistema nel quale:

– rilevano, più che le etichette formali (diritto soggettivo/interesse legittimo), la concreta incidenza di un potere autoritativo e il momento in cui la posizione soggettiva è stata «conformata»;
– la fase programmatoria e conformativa di servizi e prestazioni è normalmente devoluta al giudice amministrativo;
– la fase esecutiva, in cui il diritto è ormai definito in concreto, è di regola di competenza del giudice ordinario.

Le Sezioni Unite, attraverso un'articolata casistica (istruzione, sanità, servizi socio-assistenziali, incentivi, garanzie pubbliche), hanno quindi consolidato un modello di riparto fondato su:

1. centralità del *petitum sostanziale* e della *causa petendi*;
2. distinzione tra fase conformativa (giurisdizione amministrativa, spesso esclusiva) e fase attuativa (giurisdizione ordinaria);
3. esigenza di non comprimere l'effettività della tutela giurisdizionale, evitando lacune o conflitti negativi di giurisdizione.

In questo quadro, e in queste materie, l'operatore del diritto chiamato a scegliere il giudice giurisdizionalmente competente, deve sempre interrogarsi:

– se l'amministrazione stia ancora esercitando un potere (programmazione, scelta tra opzioni, modulazione quantitativa delle prestazioni)

  oppure

– se il diritto sia già stato concretamente coniugato in un atto, e la questione riguardi solo la sua esecuzione.

Solo alla luce di questa distinzione, sistematicamente consolidata dalle Sezioni Unite negli ultimi anni, nei complessi scenari del welfare contemporaneo, è possibile orientarsi con una certa sicurezza tra giurisdizione ordinaria e amministrativa.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

Francesco Trebeschi

Prestazioni sociosanitarie e compartecipazione: criteri per decidere nei casi problematici

Sommario: 1. I filoni principali della giurisprudenza sulla compartecipazione. – 2. Le radici: la l. 1580/1931 e i principi costituzionali. – 3. Gli effetti delle riforme del 1978 sul sistema della rivalsa. – 4. Le prestazioni sociosanitarie. Evoluzione normativa. – 5. Le prestazioni sociosanitarie. Evoluzione giurisprudenziale. – 6. L'accertamento della natura della prestazione: la CTU. – 7. La presa in carico comunale ed il rispetto del riparto degli oneri tra sanità e assistenza. – 8. La compartecipazione al costo: L'ISEE *1.* I filoni principali della giurisprudenza in materia di prestazioni sociosanitarie e compartecipazione alla spesa.

La materia della compartecipazione alla spesa delle prestazioni sociosanitarie, in questi anni, ha dato vita ad un vasto contenzioso che ha significativamente impegnato la giurisprudenza civile e amministrativa.

Un primo, corposo, filone si è sviluppato nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo in relazione ai rapporti tra utenti e Comuni e, quindi, all'impugnazione diretta di provvedimenti di definizione della quota di compartecipazione dell'utente, spesso contestata in relazione alla corretta applicazione dell'ISEE.

A cavallo tra la giurisdizione civile e quella amministrativa[1], va

[1] La distinzione ampiamente delineata dalle Sezioni Unite, nell'ord. 24 settembre 2020 n. 20164 e nelle successive ordd. 20 gennaio 2022 n. 1781 e 1° febbraio 2021 n. 2159, precisa che «ove la controversia verta sulla redazione del progetto individuale o il suo aggiornamento o ne vengano contestati gli esiti, la giurisdizione è del giudice amministrativo. In tale evenienza, infatti, la controversia non attiene all'esecuzione del provvedimento redatto dall'amministrazione comunale, d'intesa con l'azienda unità sanitaria locale, volto ad accertare le esigenze della persona disabile, ma alla stessa predisposizione di tale atto, indipendentemente dal fatto che si tratti della sua prima predisposizione ovvero del suo doveroso aggiornamento, d'ufficio o ad istanza dell'interessato. Ove, invece, si lamenti la mancata (o incompleta) attuazione o esecuzione del documento programmatorio, la giurisdizione appartiene al giudice ordinario». Sul punto, recentemente, si veda anche Cons. Stato, sent. 13.2.2026 n. 1169.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

inoltre crescendo il contenzioso in relazione alla mancata definizione o attuazione del progetto di vita in favore delle persone con disabilità, già previsto dall'art. 14, l. 328/2000 ed ora portato a paradigma della presa in carico dal d.lgs 62/2024 che ha istituito il progetto di vita progetto di vita individuale personalizzato e partecipato.

Il giudice ordinario si è, per contro, occupato soprattutto di cause per il recupero delle rette o, comunque, degli oneri delle prestazioni.

In questo filone si registrano le cause degli enti gestori nei confronti degli enti pubblici tenuti alla presa in carico, quali Comuni ed ASL, nonché nei confronti di utenti, familiari o eventuali garanti, ma anche le cause dei Comuni nei confronti di utenti e familiari per il recupero della quota compartecipativa o nei confronti di ASL e Regioni in relazione al corretto riparto degli oneri tra sanità e assistenza.

Uno spazio di sempre maggior rilievo, assumono, infine, le cause promosse dagli utenti nei confronti di enti gestori, ASL o Regioni per il rimborso di somme che si assumono essere state indebitamente pagate a titolo di rette per prestazioni di natura sanitaria che dovrebbero gravare sul Servizio sanitario.

2. *Le radici: la l. 1580/1931 e i principi costituzionali*

Per comprendere le origini della dicotomia tra un approccio meramente privatistico ed i profili pubblicistici che reggono la presa in carico pare opportuno partire dalla l. 1580/1931 rubricata *Nuove norme per la rivalsa delle spese di spedalità e manicomiali*, che è opportuno segnalare sin d'ora essere non solo superata dalla successiva evoluzione normativa, ma anche espressamente abrogata, in forza dell'art. 24 d.l. 112/2008, nell'ambito della ricognizione della normativa desueta.

A partire dall'allora ovvio presupposto dell'onerosità delle cure e delle spese sanitarie, la l. 1580/1931, configurava, a favore di *amministrazioni degli ospedali*, *manicomi pubblici* e *Comuni* che anticipavano gli oneri delle cure, un'azione di rivalsa rivolta in tre direttrici: la prima diretta nei confronti dei *ricoverati* che non si trovassero *in condizioni di povertà*[2], la seconda, sussidiaria, per il caso cioè dell'impossibilità di agire contro il medesimo ricoverato a causa della sua indigenza, poteva essere esercitata, «verso i congiunti dei ricoverati», verso tutti «coloro che erano tenuti per legge agli alimenti durante il periodo di

[2] In caso di loro morte, nei confronti degli eredi.

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

ricovero i quali si trovino in condizione di sostenere, in tutto o in parte, l'onere della degenza» nell'ordine stabilito dal codice civile[3], la terza, infine, verso i «responsabili civili delle ferite e delle malattie che resero necessaria l'assistenza nell'ospedale e nel manicomio».

Se dunque le *cure gratuite agli indigenti* prefigurate dall'art. 32 Cost., erano, seppur in minima parte, riconosciute, del tutto assente era l'idea di una presa in carico pubblica: la salute era un problema dell'individuo e della sua famiglia, che tutt'al più potevano essere sostenuti in condizioni di estrema povertà.

I primi mattoni per il passaggio ad un sistema pubblicistico basato sulla presa in carico si rinvengono nell'art. 32 Cost. che riconosce la *salute* non solo come «fondamentale diritto dell'individuo anche come interesse della collettività».

D'altro canto, coerentemente con tale impostazione pubblicistica, anche l'art. 38 Cost. prevede che «istituti predisposti o integrati dallo Stato diano concreta attuazione al diritto all'assistenza sociale in favore di ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere».

Nella disciplina della compartecipazione al costo delle prestazioni sociosanitarie non si può, infine, non tenere conto dell'art. 53 Cost., che richiede a tutti di «concorrere alle spese pubbliche, commisurando però tale concorso alla capacità di contributiva di ciascuno».

3. *Gli effetti delle riforme del 1978 sul sistema della rivalsa*

La prima messa in discussione dei principi della l. 1580/1931 avviene con le riforme del 1978: la l. 833/1978 che ha istituito il Servizio Sanitario Nazionale e la l. 180/1978, che ha imposto il superamento del sistema manicomiale.

Se le *spese manicomiali* non potevano più essere nemmeno configurate e le spese di *spedalità* erano poste a carico della fiscalità generale, ci si è dovuti chiedere se e quale portata andasse riconosciuta alla legge 1580/1931: la giurisprudenza, pur ritenendo che la riforma non avesse portato ad una tacita abrogazione, giungeva alla conclusione che

[3] Il rinvio era all'allora vigente codice civile del 1865 che all'art. 142 prevedeva che «l'obbligo degli alimenti cade in primo luogo sopra il coniuge, in secondo luogo sopra i discendenti, in terzo luogo sopra gli ascendenti, in quarto luogo sopra il genero e la nuora, in quinto luogo sopra il suocero e al suocera, in ultimo sopra i fratelli e le sorelle».

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

«l'ambito di applicazione della rivalsa *ex* art. 1 della legge 1580/1931 risulta fortemente ridimensionato, potendo l'istituto trovare applicazione esclusivamente in quelle ipotesi, indubbiamente residuali, in cui la gratuità non sussista[4] e quindi, oltre alle ipotesi relative a prestazioni erogate in epoca anteriore alla riforma[5] o a prestazioni successive alla formale dimissione del paziente dall'ospedale»[6], la fattispecie di maggior rilievo era rappresentata dalle *prestazioni socio-assistenziali*, per le quali si ravvisava un indubbio margine di applicabilità proprio alla ipotesi *di un servizio socio/assistenziale reso a domanda, con anticipazione degli oneri da parte del Comune*[7].

La distinzione tra prestazione sanitaria e socioassistenziale diviene così il criterio fondamentale per stabilire la gratuità o l'ammissibilità di una compartecipazione al costo.

4. *Le prestazioni sociosanitarie. Evoluzione normativa*

Ben presto è emersa una categoria di prestazioni che avendo caratteristiche sia sanitarie che assistenziali non erano facilmente inquadrabili nell'una o nell'altra categoria.

Il primo tentativo di organizzare la materia si deve all'art. 30 l. 730/1983[8], tutt'ora vigente, che, da una parte, prevedeva la possibilità che *enti locali e regioni* potessero «per l'esercizio delle proprie competenze nelle attività di tipo socio-assistenziale, avvalersi, in tutto o in parte, delle unità sanitarie locali, facendosi completamente carico del relativo finanziamento» e conseguentemente specificando che «le unità sanitarie locali dovessero tenere separata contabilità per le funzioni di tipo socio assistenziale ad esse delegate» e, dall'altra, specificava che «gli

[4] Cass., 4460/2003, 4621/1999, 481/1998, 7989/1994, 19642/2014, 24289 e 24290/2017.

[5] Cass., 884/1986 e 11209/1992.

[6] Cass., 7989/1994 e 4621/1999.

[7] Cass., 481/1998. Particolarmente interessante la recente disamina di Cass., 23932/2020 che evidenzia che «la legge 1580/1931, art. 1, fino a quando esso non è stato poi formalmente abrogato dal d.l. n. 112/2008, convertito con modificazioni dalla l. n. 133/2008, è rimasto applicabile ai soli casi, del tutto residuali, in cui l'intervento assistenziale pubblico, non essendo dovuto e necessitato, sia del tutto oneroso, non essendovi a priori da calibrare alcun dosaggio tra contribuzioni pubbliche e oneri privati».

[8] L. finanziaria 1984.

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

oneri delle attività di rilievo sanitario connesse con quelle socio-assistenziali dovessero restare a carico del fondo sanitario nazionale».

Era quindi il d.P.C.M. 8 agosto 1985, a chiarire quali fossero le «attività di rilievo sanitario connesse con quelle socio-assistenziali», precisando che dovessero intendersi «quelle che richiedono personale e tipologie di intervento propri dei servizi socio-assistenziali, purché diretti immediatamente e in via prevalente alla tutela della salute del cittadino ed estrinsecantisi in interventi a sostegno dell'attività sanitaria di cura e/o riabilitazione fisica e psichica del medesimo, in assenza delle quali l'attività sanitaria non può svolgersi e produrre effetti, mentre non rientrano tra le dette attività di rilievo sanitario le attività direttamente ed esclusivamente socio-assistenziali, anche se indirettamente finalizzate alla tutela della salute del cittadino e in particolare i ricoveri in strutture protette extra ospedaliere meramente sostitutivi, sia pure temporaneamente, dell'assistenza familiare».

Con la riforma sanitaria *ter,* di cui al d.lgs 229/1999, è, quindi, stato introdotto l'art. 3 *septies* del d.lgs. 502/1992 che definisce «prestazioni sociosanitarie tutte le attività atte a soddisfare, mediante percorsi assistenziali integrati, bisogni di salute della persona che richiedono unitariamente prestazioni sanitarie e azioni di protezione sociale in grado di garantire, anche nel lungo periodo, la continuità tra le azioni di cura e quelle di riabilitazione».

Tale disposizione imposta la tripartizione tra:

«prestazioni sanitarie a rilevanza sociale», cioè le attività finalizzate alla promozione della salute, alla prevenzione, individuazione, rimozione e contenimento di esiti degenerativi o invalidanti di patologie congenite e acquisite;

«prestazioni sociali a rilevanza sanitaria», cioè tutte le attività del sistema sociale che hanno l'obiettivo di supportare la persona in stato di bisogno, con problemi di disabilità o di emarginazione condizionanti lo stato di salute.

«prestazioni sociosanitarie ad elevata integrazione sanitaria» caratterizzate da particolare rilevanza terapeutica e intensità della componente sanitaria.

Un successivo atto di indirizzo e coordinamento avrebbe quindi dovuto individuare le prestazioni da ricondurre a tali tipologie e la precisazione dei criteri di finanziamento per quanto compete alle unità sanitarie locali e ai comuni»[9].

[9] Già prevendendo però, al comma 5, che «le prestazioni sociosanitarie ad elevata

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

L'*Atto di indirizzo e coordinamento in materia di prestazioni socio-sanitarie integrate*, è stato quindi approvato con d.P.C.M. 14 febbraio 2001.

La disciplina delle *prestazioni socio-sanitarie* di cui al citato art. 3 *septies d.lgs 502/1992* è qui articolata «tenendo conto dei seguenti criteri: la natura del bisogno, la complessità e l'intensità dell'intervento assistenziale, nonché la sua durata».

Rispetto alla natura del bisogno si tiene conto degli aspetti inerenti a:
a) funzioni psicofisiche;
b) natura delle attività del soggetto e relative limitazioni;
c) modalità di partecipazione alla vita sociale;
d) fattori di contesto ambientale e familiare che incidono nella risposta al bisogno e nel suo superamento.

L'intensità assistenziale è stabilita in base a fasi temporali che caratterizzano il progetto personalizzato, così definite:
a) la fase intensiva, caratterizzata da un impegno riabilitativo specialistico di tipo diagnostico e terapeutico, di elevata complessità e di durata breve e definita, con modalità operative residenziali, semiresidenziali, ambulatoriali e domiciliari;
b) la fase estensiva, caratterizzata da una minore intensità terapeutica, tale comunque da richiedere una presa in carico specifica, a fronte di un programma assistenziale di medio o prolungato periodo definito;
c) la fase di lungoassistenza, finalizzata a mantenere l'autonomia funzionale possibile e a rallentare il suo deterioramento, nonché a favorire la partecipazione alla vita sociale, anche attraverso percorsi educativi.

La complessità dell'intervento è, infine, determinata con riferimento alla composizione dei fattori produttivi impiegati (professionali e di altra natura), e alla loro articolazione nel progetto personalizzato.

L'atto di indirizzo, all'art. 3, riprende e amplia la tripartizione del succitato art. 3 *septies* per cui «sono da considerare prestazioni sanitarie a rilevanza sociale le prestazioni assistenziali che, erogate contestualmente ad adeguati interventi sociali, sono finalizzate alla pro-

integrazione sanitaria dovessero essere assicurate dalle aziende sanitarie e comprese nei livelli essenziali di assistenza sanitaria», e al comma 6 che «le prestazioni sociali a rilevanza sanitaria fossero di competenza dei Comuni» e che la «Regione dovesse determinare, sulla base dei criteri posti dall'atto di indirizzo, il finanziamento per le prestazioni sanitarie a rilevanza sociale, sulla base di quote capitarie correlate ai livelli essenziali di assistenza».

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

mozione della salute, alla prevenzione, individuazione, rimozione e contenimento di esiti degenerativi o invalidanti di patologie congenite o acquisite, contribuendo, tenuto conto delle componenti ambientali, alla partecipazione alla vita sociale e alla espressione personale», quanto a competenza ed oneri si precisa che «dette prestazioni sono di competenza delle aziende unità sanitarie locali ed a carico delle stesse, sono inserite in progetti personalizzati di durata medio/lunga e sono erogate in regime ambulatoriale, domiciliare o nell'àmbito di strutture residenziali e semiresidenziali».

Le «prestazioni sociali a rilevanza sanitaria» sono, invece, «tutte le attività del sistema sociale che hanno l'obiettivo di supportare la persona in stato di bisogno, con problemi di disabilità o di emarginazione condizionanti lo stato di salute quanto competenza ed oneri si precisa che tali attività, di competenza dei comuni, sono prestate con partecipazione alla spesa, da parte dei cittadini, stabilita dai comuni stessi e si esplicano attraverso:

a) gli interventi di sostegno e promozione a favore dell'infanzia, dell'adolescenza e delle responsabilità familiari;
b) gli interventi per contrastare la povertà nei riguardi dei cittadini impossibilitati a produrre reddito per limitazioni personali o sociali;
c) gli interventi di sostegno e di aiuto domestico familiare finalizzati a favorire l'autonomia e la permanenza nel proprio domicilio di persone non autosufficienti;
d) gli interventi di ospitalità alberghiera presso strutture residenziali e semiresidenziali di adulti e anziani con limitazione dell'autonomia, non assistibili a domicilio;
e) gli interventi, anche di natura economica, atti a favorire l'inserimento sociale di soggetti affetti da disabilità o patologia psicofisica e da dipendenza, fatto salvo quanto previsto dalla normativa vigente in materia di diritto al lavoro dei disabili;
f) ogni altro intervento qualificato quale prestazione sociale a rilevanza sanitaria ed inserito tra i livelli essenziali di assistenza secondo la legislazione vigente».

Rispetto a durata ed intensità si specifica, inoltre che «dette prestazioni, inserite in progetti personalizzati di durata non limitata, sono erogate nelle fasi estensive e di lungoassistenza».

Le «prestazioni socio-sanitarie ad elevata integrazione sanitaria» infine sono «tutte le prestazioni caratterizzate da particolare rilevanza terapeutica e intensità della componente sanitaria, le quali attengono prevalentemente alle aree materno-infantile, anziani, handicap, patologie psichiatriche e dipendenze da droga, alcool e farmaci, pa-

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

tologie per infezioni da H.I.V. e patologie terminali, inabilità o disabilità conseguenti a patologie cronico-degenerative. Tali prestazioni sono quelle, in particolare, attribuite alla fase post-acuta caratterizzate dall'inscindibilità del concorso di più apporti professionali sanitari e sociali nell'àmbito del processo personalizzato di assistenza, dalla indivisibilità dell'impatto congiunto degli interventi sanitari e sociali sui risultati dell'assistenza e dalla preminenza dei fattori produttivi sanitari impegnati nell'assistenza».

Quanto a competenza ed oneri si precisa che «dette prestazioni sono erogate dalle aziende sanitarie e sono a carico del fondo sanitario».

Rispetto a durata ed intensità si specifica che «esse possono essere erogate in regime ambulatoriale domiciliare o nell'àmbito di strutture residenziali e semiresidenziali e sono in particolare riferite alla copertura degli aspetti del bisogno socio-sanitario inerenti le funzioni psicofisiche e la limitazione delle attività del soggetto, nelle fasi estensive ed anche di lungoassistenza».

Nell'àmbito della programmazione, l'art. 4 richiede che la Regione determini *i criteri di finanziamento*, tenendo conto di quanto espresso nella tabella allegata che per ciascuna *area*, individua le *prestazioni-funzioni* e ricava dalle varie fonti legislative i *criteri di finanziamento* ed il riparto degli oneri tra Servizio sanitario e Comune.

Così, p.es. con riferimento all'area *delle persone con disabilità,* gli oneri sono addossati per il 100% a carico del SSN in relazione all'assistenza in fase intensiva e le prestazioni ad elevata integrazione nella fase estensiva e nei casi di responsabilità minimale, mentre per le Prestazioni-Funzioni di tutela attraverso prestazioni di riabilitazione, educative e di socializzazione, di facilitazione dell'inserimento scolastico e lavorativo, sempre anche in regime semiresidenziale e residenziale, nella fase di lungo assistenza sono posti per il 100% a carico del SSN le prestazioni diagnostiche, riabilitative e di consulenza specialistica, per il 70% a carico del SSN e 30% a carico dei Comuni, fatta salva la compartecipazione da parte dell'utente prevista dalla disciplina regionale e comunale, l'assistenza in strutture semiresidenziali e residenziali per disabili gravi, in strutture accreditate sulla base di standard regionali, per il 40% a carico del SSN l'assistenza ai disabili gravi privi del sostegno familiare, nei servizi di residenza permanente, è infine assegnata 100% a carico dei Comuni l'assistenza sociale, scolastica ed educativa e i programmi di inserimento sociale e lavorativo»[10].

[10] Per tutti i «trattamenti semiresidenziali socio-riabilitativi di recupero e mantenimento delle abilità funzionali residue, erogati congiuntamente a prestazioni assistenziali

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Per quanto riguarda l'area *Patologie psichiatriche* il 100% a carico del SSN è previsto per la tutela delle persone affette da disturbi mentali tramite prestazioni terapeutiche e riabilitative anche di tipo semiresidenziale e residenziale, mentre per l'accoglienza in strutture a bassa intensità assistenziale era prevista runa ripartizione compresa tra una quota minima non inferiore al 30% e non superiore al 70%[11].

Articolato anche il riparto degli oneri per l'area anziani e persone non autosufficienti con *patologie cronico*-degen*erative*, rispetto ai quali è riconosciuto il «100% a carico del SSN per l'assistenza in fase intensiva e le prestazioni ad elevata integrazione nella fase estensiva mentre nelle forme di lungoassistenza semiresidenziali e residenziali il 50% del costo complessivo a carico del SSN, o in alternativa il costo del personale sanitario e il 30% dei costi per l'assistenza tutelare e alberghiera, il restante 50% del costo complessivo a carico del Comune».

Per i *pazienti terminali* gli oneri dei *trattamenti palliativi* anche in *regime residenziale* sono interamente a carico del Servizio sanitario.

Dopo la riforma del titolo V della Costituzione ad opera della legge cost. 3/2001, il d.P.C.M. 14 febbraio 2001 è stato posto alla base del d.P.C.M. 29 novembre 2001[12] che ha stabilito i livelli essenziali di assistenza sanitaria (c.d. LEA) che costituiscono il contenuto necessario e sufficiente dell'obbligo di servizio pubblico che la legge pone a carico di ciascuna Regione nel proprio ambito territoriale, nei confronti dei destinatari del servizio sanitario[13].

I LEA così definiti sono quindi stati confermati, con decorrenza dal 1° gennaio 2001 dall'art. 54 l. 289/2002[14] e successivamente aggiornati in forza del d.P.C.M. 12 gennaio 2017.

e tutelari di diversa intensità a persone non autosufficienti con disabilità fisiche, psichiche e sensoriali stabilizzate, anche in laboratori e centri occupazionali», ora disciplinati dall'art. 34, comma 3 lett. b) d.P.C.M. 12.1.2017, il comma 4 della medesima disposizione ora prevede una quota a carico del Servizio sanitario pari al 70% la tariffa giornaliera.

[11] L'art. 33 d.P.C.M. 12.1.2017 ha poi fissato al 40% la quota a carico del Servizio sanitario per gli interventi a bassa intensità riabilitativa alle persone con disturbi mentali.

[12] Preceduto dagli accordi Stato regioni 8 agosto 2001 e 22 novembre 2001.

[13] Come puntualizzato nell'all. 4 d.P.C.M. nel condividere la congruità del finanziamento delle prestazioni individuate quale livello essenziale, *con l'accordo dell'8 agosto 2001 le Regioni si sono impegnate a far fronte alle eventuali ulteriori esigenze finanziarie con mezzi propri.*

[14] In tal modo sterilizzando i numerosi ricorsi avverso il d.P.C.M. 29 novembre 2001: si veda *e multis* Cons. Stato, sent. 3983/2004 che ha altresì chiarito che «la definizione dei livelli essenziali di assistenza, anche se fosse stata operata a mezzo di

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

Il corretto inquadramento nelle varie fattispecie è spesso complesso tenuto conto dei numerosi punti di sovrapposizione: si pensi, p.es. all'assistenza residenziale, disciplinata dall'art. 30 d.P.C.M. 12 gennaio 2017, per le persone anziane non autosufficienti, che, quasi sempre, vedono il proprio percorso di assistenza scivolare in un trattamento che ha tutte le caratteristiche delle prestazioni rese alle persone nella fase terminale della vita, disciplinate dall'art. 31 e poste interamente a carico del servizio sanitario.

Ancor più complesso – e non a caso è quello maggiormente affrontato dalla giurisprudenza – è il caso delle interferenze tra le problematiche della salute mentale disciplinata dall'art. 33, con l'assistenza sia delle persone anziane non autosufficienti, di cui al citato art. 30, che delle persone con disabilità le cui prestazioni sono invece disciplinate dall'art. 34.

Di più, non di rado, nella pratica, accade che anche in presenza problematiche di salute mentale cronicizzate, venga valorizzata la coesistenza di disabilità psichiche anche lievi[15], per indirizzare i pazienti verso servizi per persone con disabilità, prive dei limiti temporali dei trattamenti imposti dalla l. 180/1978 e con minori oneri a carico del Servizio sanitario.

5. *Le prestazioni sociosanitarie. Evoluzione giurisprudenziale*[16]

In questo complesso ed articolato sistema la giurisprudenza ha via via messo alcuni punti fermi, partendo dall'«esigenza di un'interpreta-

atto solo regolamentare (e non confermata poi da fonte di legge primaria), avrebbe potuto trovare giustificazione nella sua ricomprensione nella materia esclusiva di cui al secondo comma dell'art. 117 lett. m) Costituzione, in quanto attinente appunto alla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni. È noto, infatti, che lo Stato conserva la potestà regolamentare proprio nelle materie (e solo in esse) nelle quali dispone di potestà legislativa esclusiva. È da condividere altresì il principio che siffatta materia non si presta, per la sua particolarità tecnica, e per la necessità di aggiornamento continuo, a essere disciplinata con fonte soltanto primaria, ma piuttosto con fonte secondaria, tanto che la successiva legge finanziaria ha voluto fare proprie le scelte dell'atto richiamato».

[15] Particolarmente eloquente sul punto la recentissima App. Brescia, sent. 28 agosto 2026 n. 797.

[16] Per un'ampia disamina dell'evoluzione giurisprudenziale si veda M.L. Tezza, *Le origini del contenzioso: quota sanitaria e quota sociale. La definizione della natura delle prestazioni erogate*, in *La presa in carico della persona fragile*, a cura di A. Candido, Torino, 2025, 347 ss.

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

zione che tenga conto del nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana[17] ed alla luce del principio affermato, in linea generale, dalla legge di riforma sanitaria, che prevede la erogazione gratuita delle prestazioni a tutti i cittadini, da parte del servizio sanitario nazionale, entro i livelli di assistenza uniformi definiti con il piano sanitario nazionale (l. n. 833 del 1978, artt. 1, 3, 19, 53 e 63), di per sé ostativa a qualsiasi azione di rivalsa»[18].

Le fondamenta dell'orientamento formatosi e la connessione tra prestazioni sanitarie e prestazioni assistenziali sono basate e ricostruite, oltre che dai dati normativi nazionali indicati, anche dalla definizione del diritto alla salute che si ricava dagli strumenti internazionali, a cominciare dalla Costituzione dell'Organizzazione mondiale della Sanità, in base alla quale «la salute è uno stato di completo benessere fisico, mentale e sociale, e non consiste solo in un'assenza di malattia o d'infermità». Del pari, a livello europeo, la Carta sociale europea, promossa dal Consiglio d'Europa e in vigore dal luglio 1999, prevede dettagliate misure per rendere effettivo il diritto alla protezione della salute, e precisamente (art. 11): «misure volte in particolare ad eliminare, per quanto possibile, le cause di una salute deficitaria», e detta ulteriori prescrizioni (art. 13) per assicurare l'effettivo esercizio del diritto all'assistenza sociale e medica, in particolare per quanti non hanno mezzi sufficienti. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in vigore dal dicembre 2009, dispone, all'art. 35 che «ogni individuo ha diritto di accedere alla prevenzione sanitaria e di ottenere cure mediche alle condizioni stabilite dalle legislazioni e prassi nazionali. Nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche e attività dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione della salute umana»[19].

Nel primo significativo intervento[20] le Sezione Unite tracciano una prima linea di confine tra sanità e assistenza che sarà alla base di tutta

[17] Sul punto la Cassazione richiama costantemente l'orientamento espresso da Corte cost., sentt. 455/1990, 267/1998, 309/1999, 509/2000, 252/2001, 432/2005.

[18] Cass., 4460/2003, 4558/2012, 25215/2015, 22776/2016

[19] Cass., 22776/2016.

[20] Cass., S.U. sent. 1003/1993, che affronta una fattispecie relativa ad «un periodo di degenza a cavallo della entrata in vigore del D.P.C.M. 8.8.1985», rilevando che «anche per il periodo anteriore a tale momento, la complessiva disciplina normativa già esistente portava a quella interpretazione poi specificata e chiarita da detta fonte secondaria».

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

la successiva evoluzione giurisprudenziale chiarendo che l'espressione «cura» debba intendersi «ricomprendere ogni esigenza terapeutica, di carattere psichiatrico e/o farmacologico, ma non pure quella assidua e continua attività di assistenza e sorveglianza».

A partire da tale ampia nozione di diritto alla salute si è quindi, ben presto affermata l'irrilevanza della distinzione tra malati mentali acuti e malati mentali cronici e che, al contrario, si debba «prendere in considerazione l'attività di cura, indipendentemente dal tipo di malattia (acuta o cronica) alla quale è diretta e pertanto se la disposizione dell'atto di indirizzo e coordinamento avesse introdotto tale differenza sarebbe certamente *contra legem* e come tale disapplicabile dal giudice ordinario, stabilendo il principio in base al quale riguardo ai malati mentali cronici, si deve solo accertare se in loro favore, oltre alle prestazioni socio-assistenziali siano erogate prestazioni sanitarie, ovvero sia prestata soltanto una attività di sorveglianza e di assistenza non sanitaria. Solo in questo secondo caso l'attività si potrà considerare di natura socio-assistenziale, e pertanto estranea al Servizio sanitario, mentre nel primo si tratterà di prestazioni di rilievo sanitario di competenza»[21].

Corollario di tale principio è anche l'irrilevanza, ai fini dell'accertamento della natura sanitaria della prestazione, della circostanza che la malattia sia suscettibile di guarigione o di miglioramento «perché l'impossibilità di guarigione o miglioramento della specifica malattia psichica da cui sia affetto il ricoverato, non esclude certamente che allo stesso possano o debbano essere prestate cure mediche di eventuali altre affezioni connesse o consequenziali alla malattia psichica o anche terapie palliative della stessa affezione mentale»[22].

Uno snodo particolarmente rilevante, anche per la risonanza avuta, si è avuto nel 2012 quando i principi sudelineati, sono stati applicati, agli oneri relativi ad un paziente affetto da morbo di Alzheimer: viene così ribadito che «la lettura della norma contenuta nella l. 730/1983, art. 30 deve effettuarsi nel senso di ritenere che gli oneri delle attività

[21] Così già Cass, 10150/1996, ma si vedano anche Cass., 1003/1993, 22776/2016. Cass., 14774/2019 definisce addirittura *granitico* l'orientamento «che individua l'onere della ASL a pagare le rette per i malati psichiatrici o alienati mentali cronici».

[22] Cass., 8436/1998. Con specifico riferimento alla cura della malattia di Alzheimer si vedano anche Cass., 34590/2023, Cass., 33394/2024 che ha riformato App. Milano, sent. 1796/2022 che aveva individuato «come criterio discretivo il carattere cronico-degenerativo, non suscettibile di guarigione né di regressione "significativa", della malattia».

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

di rilievo sanitario connesse con quelle socio assistenziali sono a carico del fondo sanitario nazionale. In tale prospettiva si è consolidato un indirizzo interpretativo del tutto omogeneo, tale da costituire diritto vivente, nel senso che, nel caso in cui oltre alle prestazioni socio assistenziali siano erogate prestazioni sanitarie, l'attività va considerata comunque di rilievo sanitario e, pertanto, di competenza del Servizio Sanitario Nazionale»[23].

Le necessarie conseguenze di tale rilievo sono così trasposte anche sul piano di eventuali rapporti contrattuali comportanti il pagamento delle rette e rilevando «la totale assenza di una reale funzione economica del negozio, vale a dire un difetto genetico della causa intesa come ragione giustificativa, in concreto, del contratto, stante la evidente irrealizzabilità dell'assunzione della obbligazione altrui che risulti, per le considerazioni esposte, assolutamente insussistente».

Le pronunce successive[24] hanno messo a sistema il rapporto tra natura delle prestazioni erogate e validità dei contratti declinando tre diverse fattispecie evidenziando che:

– se vengono erogate «prestazioni sanitarie», ogni pattuizione tra la struttura convenzionata/accreditata e l'assistito volta a stabilire un corrispettivo per le prestazioni di cura è affetta da nullità per difetto di causa;
– se vengono erogate prestazioni aventi «natura non sanitaria», ossia prestazioni esclusivamente di «natura sociale-assistenziale» è ammissibile un autonoma determinazione del corrispettivo tra strutture erogatrici dei servizi ed utenti[25].
– nel caso in cui le prestazioni di natura sanitaria non possano, invece, essere eseguite «se non congiuntamente» alla attività di natura socio-assistenziale, talché non sia possibile discernere il rispettivo onere economico, prevale in ogni caso la natura sanitaria del servizio, in quanto le altre prestazioni – di natura diversa – debbono ritenersi avvinte alle prime da un nesso di strumentalità necessaria essendo dirette a consentire la cura della salute dell'assistito, e dunque la «complessiva prestazione» deve essere erogata a titolo gratuito[26].

[23] Cass., 4558/2012.

[24] Così raggruppate a partire da Cass., 28321/2017, in una tripartizione ripresa anche da Cass., 16409, 16910/2021, 19303, 19304, 19305/2021.

[25] Cass., 19642/2014, 17234/2017, 20308/2019 oltre alla stessa 28321/2017.

[26] Cass., 4558/2012, 22776/2016, 16409, 16410/2021, 19303, 19304, 19305/2021, 1806/2022, 4752/2024, 9419/2024.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

La giurisprudenza ha quindi individuato l'«elemento differenziale tra prestazione socio-assistenziale inscindibile nella individuazione di un trattamento terapeutico personalizzato che non può essere somministrato se non congiuntamente alla prestazione socio-assistenziale»[27], successivamente specificando che «ciò che rileva non è, quindi, che fosse stato concordato o comunque previsto, per quel singolo paziente, un piano terapeutico personalizzato o la sua corretta attuazione in conformità con gli impegni assunti verso il paziente o i familiari al momento del ricovero, quanto che quel piano fosse dovuto, e che quindi sussistesse la necessità, per il paziente, in relazione alla patologia della quale risultava affetto, dello stato di evoluzione al momento del ricovero e della prevedibile evoluzione successiva della suddetta malattia, di un trattamento sanitario strettamente e inscindibilmente correlato con l'aspetto assistenziale perché volto, attraverso le cure, a rallentare l'evoluzione della malattia e a contenere la sua degenerazione, per gli stati più avanzati, in comportamenti autolesionistici o potenzialmente dannosi per i terzi»[28].

Tra gli elementi più chiaramente caratterizzanti tale trattamento personalizzato sono stati individuati, p.es. i *trattamenti farmacologici somministrati con continuità ad un soggetto con grave psicopatologia cronica*[29].

Non solo, in presenza di «una malattia cronica e degenerativa», come la malattia di Alzheimer, «che sin dal primo stadio richiede l'adozione di un piano terapeutico integrato, la struttura in cui il soggetto è stato accolto è tenuta a provare l'assenza di tale strumentalità con la prestazione socioassistenziale, rilevando che solo qualora si escluda in concreto la necessità che per il singolo soggetto ricoverato in una struttura socioassistenziale, per la sua storia sanitaria personale e l'evoluzione della malattia da cui è eventualmente affetto, la prestazione socioassistenziale sia inscindibilmente legata con la prestazione sanitaria, è legittimo che parte della retta di degenza sia posta a carico del paziente»[30].

L'accertamento dell'inscindibilità non viene però ricollegato al peso delle prestazioni sanitarie rispetto a quelle assistenziali, né è richiesta la *prevalenza* delle une rispetto alle altre, laddove il criterio è quello «dell'integrazione tra le prestazioni, ovvero dell'unitaria ed in-

[27] Cass., 28321/2017.
[28] Cass., 2038/2023, 13714/2023, 34590/2023, 21162/2024.
[29] Cass., 22776/2016, 21528/2021.
[30] Cass., 34388/2024, 27452/2025.

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

scindibile coesistenza dei due aspetti della prestazione, che ne produce l'integrale addossamento degli oneri economici sul Servizio Sanitario Nazionale»[31].

Anche dopo riforma sanitaria *ter* che ha introdotto, con l'art. 3 *septies* d.lgs 502/1992, la nozione di *prestazioni sociosanitarie integrate* ed il susseguente *Atto d'indirizzo* di cui al d.P.C.M. 14.2.2001, la Cassazione ha dato continuità ai principi sino ad allora elaborati, precisando che «in base a tale quadro normativo, la gratuità delle prestazioni ricorre: per le prestazioni sanitarie a rilevanza sociale previste dal d.P.C.M. 14 febbraio 2001, art. 3, comma 1 e per quelle socio sanitarie ad elevata integrazione sanitaria previste dall'art. 3, comma 3 del citato decreto; mentre per le prestazioni di lungo assistenza destinate ad anziani e persone non autosufficienti affette da malattie croniche e degenerative, in base alla tabella di cui al d.P.C.M. 14 febbraio 2011, art. 4, comma 1 e di cui all'all. 1 C del d.P.C.M. 29 novembre 2001, è prevista la ripartizione forfetaria del costo complessivo nella misura del 50% a carico del SSN e del 50% a carico del Comune con la compartecipazione dell'utente»[32].

Quest'ultimo profilo è stato da ultimo meglio specificato alla luce del dato letterale, osservando che il d.P.C.M.14 febbraio 2001 (che non categorizza patologie o infermità, ma tipologie di prestazioni sanitarie) espressamente prevede, che le prestazioni ad elevata integrazione siano riferibili non solo alla fase estensiva, ma anche a quella di lungoassistenza, rilevando che «dal testo normativo è sufficientemente chiaro che – qualora il soggetto non autosufficiente abbisogni di prestazioni sanitarie ad elevata integrazione, essendo anziano o soffrendo di patologie degenerative queste ultime debbano soddisfare, in modo integrato, esigenze di cura della salute e della persona nelle fasi estensive e di lungoassistenza. È vero che il decreto stesso (d.P.C.m. 14 febbraio 2001) ha una tabella allegata che suddivide e distingue macroaree (Aree), PrestazioniFunzioni e Criteri di finanziamento, prevedendo in particolare per gli Anziani e persone non autosufficienti con patologie cronicodegenerative che il costo complessivo dell'erogazione delle prestazioni sia integralmente a carico del SSN nel caso di assistenza in fase intensiva ed estensiva, mentre nel caso di lungoassistenza i costi stessi siano per metà a carico del SSN e per la residua metà a carico del

[31] Cass., 2038/2023, 13714/2023, 25660/2023, 4752/2024, 25660/2023, 21162/2024, 26943/2024.

[32] Cass., 21528/2021, 2038/2023, 13714/2023, 34590/2023.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

privato o del Comune. Ma è anche vero che la tabella predetta attua l'art. 4, comma 1, mentre è l'art. 3, comma 3, del d.P.C.M. 14.2.2001, la disposizione di riferimento»[33].

6. *L'accertamento della natura della prestazione: la CTU*

Ai fini dell'accertamento della natura della prestazione, alla luce dei principi delineati *supra* sono, con ogni evidenza, richiesti significativi accertamenti, in concreto, relativi, alla patologia alla quale il paziente «risultava affetto, allo stato di evoluzione al momento del ricovero e della prevedibile evoluzione successiva», alla presenza «di trattamenti sanitari volti, a rallentare l'evoluzione della malattia e a contenere la sua degenerazione, alla presenza o alla necessità di un trattamento terapeutico personalizzato».

Trattandosi di valutazioni che presentano innegabili profili di carattere medico-specialistico, accade spesso che, per tali valutazioni, il Giudice si avvalga di una consulenza tecnica e che, anche ove in primo grado non sia disposta CTU, siano le Corti d'Appello a disporre tale attività istruttoria[34].

Significativamente, la stessa Suprema Corte ha censurato una Corte d'appello «chiamata a stabilire se un ente privato, erogatore di prestazioni qualificate sanitarie dal Tribunale, avesse o no diritto ad essere rimborsato dalla ASL perché la Corte d'appello a tale quesito ha dato risposta negativa senza indagare se le prestazioni erogate fossero sanitarie o sociosanitarie (né, in questo secondo caso, se rientrassero tra le prestazioni sanitarie a rilevanza sociale, ovvero tra le prestazioni sociali a rilevanza sanitaria, secondo la distinzione di cui al d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, art. 3 *septies*, comma 2)»[35].

La predisposizione del quesito e l'individuazione del consulente presentano però questioni di non agevole soluzione.

In primo luogo è necessario prestare attenzione a non demandare al consulente valutazioni che sconfinano in profili giuridici, essendo «preclusa al Giudice la possibilità di rimettere al CTU accertamenti e valutazioni circa la qualificazione giuridica di fatti e la conformità al

[33] Così le recentissime Cass., 16595, 16601, 16603, 16777, 16789/2026, ma si veda già anche Cass., 33394/2024.

[34] Cfr App. Milano, ord. 30.11.2015 n. 2529, App. Brescia, ord. 5.12.2017 n. 4770.

[35] Cass., 19353/2017.

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

diritto di comportamenti»[36].

Ciò che invece si può e pare opportuno approfondire è, oltre alla diagnosi, quali siano, in concreto, le prestazioni rese, se sia presente, o debba esserlo, un piano terapeutico personalizzato, se gli interventi psicofarmacologici, educativi ed assistenziali siano volti, a rallentare l'evoluzione della malattia e a contenere la sua riacutizzazione.

Tenuto conto dell'evoluzione della malattia, che ha strutturalmente un carattere dinamico, in cui si può assistere all'alternanza di fasi acute, post-acute, intensive, estensive o di lungoassistenza pare opportuno che il quesito richieda una valutazione diacronica, tanto più possibile, in quanto si ha a che fare con strutture cui è richiesta la tenuta di una cartella clinica o documentazione analoga.

Anche dal punto di vista soggettivo la scelta del CTU è tutt'altro che agevole, sia per i profili specialistici richiesti, ben diversi da quelli generalmente affrontati nelle CTU medico legali[37], sia soprattutto perché è estremamente difficile trovare un consulente del tutto terzo rispetto al Servizio sanitario regionale, su cui, ricadono le conseguenze ultime della decisione: se l'azione vede coinvolta un'ASL, non solo devono essere esclusi consulenti che abbiano rapporti di lavoro con essa, ma pare del tutto inopportuno anche individuare, consulenti afferenti altre ASL[38] o Aziende Ospedaliere della medesima Regione, essendo le une e le altre, in ultima analisi, enti periferici del medesimo servizio sanitario regionale[39].

[36] R. Costanzo, *Il ruolo della consulenza tecnica d'ufficio*, in A. Candido (a cura di), *La presa in carico della persona fragile*, Torino, 2025, 219.

[37] Così, in App. Brescia, sent. 1744/2018 si dà conto di una CTU, relativa al riparto degli oneri di una persona con grave disabilità psichica ricoverata in RSD, in cui «le prestazioni erogate al paziente per il suddetto periodo dovevano considerarsi di natura sicuramente mista, sanitaria (terapeutico/riabilitatoria) nella misura dell'80% e di tipo socioassistenziale per il restante 20% (con riferimento alla gestione quotidiana dell'ambiente)», soluzione non solo non coerente con quanto suesposto con riferimento all'evidente inscindibilità delle prestazioni, ma che con l'indicazione di percentuali che non hanno alcun riscontro nemmeno nella tabella allegata al d.P.C.M. 14.2.2001.

[38] Come nella causa decisa da T.A.R. Milano sent. 1584/2010, conf. da Cons. Stato, sent. 3690/2018, che, in relazione agli oneri relativi ad una prestazione resa a favore di una persona in stato vegetativo, paziente di una RSA Milanese, aveva affidato la CTU al direttore sanitario dell'ASL limitrofa ed aveva riconosciuto la natura sanitaria delle prestazioni, superando l'opposta conclusione del CTU.

[39] Ma si veda *contra* App. Brescia, sent. 28 agosto 2026 n. 797 che ritiene che tra Agenzia di Tutela della salute e Azienda Sociosanitaria Territoriale non *sussista alcun*

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

7. *La presa in carico comunale ed il rispetto del riparto degli oneri tra sanità e assistenza*

Anche nei casi in cui non viene riconosciuta la natura prevalentemente sanitaria della prestazione, bisogna chiedersi se e in che misura il riparto il riparto convenzionale previsto dalla tabella allegata al d.P.C.M. 14 febbraio 2001, ripresa dall'all. 1 C d.P.C.M. 29 novembre 2001 ed aggiornata agli artt. 30 ss. d.P.C.M. 12 gennaio 2017, sia meramente indicativo o richieda un'applicazione rigorosa.

L'A.G.O., per lo più, si è limitata a richiamare le percentuali poste da tali provvedimenti e costituenti i livelli essenziali di assistenza sanitaria (LEA), come applicabili alla fattispecie oggetto del giudizio, senza però interrogarsi e verificare se le percentuali indicate fossero, in concreto, rispettate[40].

Eppure la questione ha non poca rilevanza pratica, soprattutto in quelle Regioni, come la Lombardia[41], che stabiliscono la tariffa sanitaria, ma lasciano piena autonomia agli enti gestori in punto di determinazione della retta sociale.

La Suprema Corte, anche se solo incidentalmente[42], sembra dare per scontato che tali percentuali siano da rispettare, rilevando, in relazione

conflitto di interesse, dal momento che sono due soggetti diversi, salvo comunque addivenire a conclusioni opposte a quelle prospettate dal CTU.

[40] App. Milano, sentt. 27.4.2022 n. 1355, 24.12.2021 n. 3745, 11.6.2021 n. 1854, 14.7.2020 n. 1816, 10.2.2020 n. 437, 07.11.2019 n. 4413, 17.7.2019 n. 3209, 12.9.2018 n. 4079, Trib. Milano, sentt. 13.1.2022 n. 155, 11.3.2021 n. 2040, 24.2.2021 n. 1595, 25.2.2020 n. 1767, 27.12.2019 n. 11965, 20.12.2019 n. 11846, 24.7.2019 n. 7452, 16.11.2018 n. 11516, 2.7.2018 n. 7495, 31.5.2018 n. 6171, Trib Pavia, sentt. 14.12.2021 n. 1578, 14.12.2021 n. 1572, 22.7.2021 n. 1052, 25.3.2022 n. 409, 3.6.2022 n. 795, Trib Busto Arsizio, sent. 14.12.2020 n. 1450.

[41] Sia consentito il rinvio al raffronto con la disciplina delle tariffe lombarde in F. Trebeschi, *Il costo delle prestazioni socio-sanitarie in Lombardia: l'annosa questione del rapporto tra quota sanitaria e quota sociale. La giurisprudenza sul riparto tra sanità e assistenza nei servizi socio-sanitari,* in C. Buzzacchi (a cura di), *L'integrazione socio-sanitaria e il diritto delle Regioni,* Torino, 2022.

[42] Cass., 16983/2024 si pronuncia in punto di giurisdizione affermando che la controversia promossa da un comune nei confronti della ASL competente per ottenere «il rimborso della quota di retta giornaliera corrisposta a titolo di integrazione agli enti gestori di strutture residenziali per il ricovero di soggetti non autosufficienti, appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario, atteso che il rapporto dedotto in giudizio non si ricollega all'esercizio di poteri autoritativi o discrezionali della P.A., ma ha ad oggetto il corrispettivo per un'obbligazione fondata su presupposti determinati dalla legge».

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

al servizio semiresidenziale a favore di persone con disabilità Centro Diurno Disabili (CDD) che «la normativa vigente all'epoca dei fatti (il d.P.C.M. 14 febbraio 2001, tabella allegata – area disabili – punto 2; ed il d.P.C.M. 29 novembre 2001, all. 1C p.to 8 Assistenza territoriale semiresidenziale – Attività sanitaria e sociosanitaria nell'ambito di programmi riabilitativi a favore di disabili fisici, psichici e sensoriali - lett. b) prestazioni diagnostiche, terapeutiche e socioriabilitative in regime semiresidenziale per disabili gravi) stabiliva che la retta complessiva di quella tipologia di unità di offerta doveva suddividersi per il 70% in capo alla quota sanitaria (e quindi all'Agenzia) e per il 30% in capo alla quota sociale (e quindi alla diade Comune/utente) e che pertanto, secondo il meccanismo seguito dall'Agenzia, la retta complessiva (quota sanitaria + quota sociale) sarebbe stata di Euro 2.526,00/mese (pari a Euro 114,81/die, su base ventidue giorni) e la stessa si sarebbe dovuta suddividere in una quota sociale di Euro 1.250,00/mese (pari al 49,49% della retta, in luogo del prescritto 30%) ed in una quota sanitaria di Euro 1.276,00/mese (pari al 50,51% della retta, in luogo del prescritto 70%)»[43].

Altre decisioni riguardano il riparto in misura del 50% previsto per le persone non autosufficiente con patologie cronico-degenerative in strutture residenziali a bassa intensità[44] e del 40% previsto dall'art. 33, comma 2 lett.c) d.P.C.M. 12 gennaio 2017 in relazione a servizi residenziali a valore di «persone con disturbi mentali, non assistibili nel proprio contesto familiare e con quadri variabili di autosufficienza e di compromissione del funzionamento personale e sociale, che richiedono interventi a bassa intensità riabilitativa»[45].

Maggiore interesse a questa problematica è stata mostrata dal Giudice Amministrativo nell'ambito controversie relative alla presa in carico comunale e alla definizione della compartecipazione al costo da parte dell'utente.

Come s'è visto, infatti, la componente dei servizi sociosanitari non a carico del Servizio sanitario è, di regola, di competenza dei Comuni, tenuti alla presa in carico anche per le prestazioni di natura socioassistenziale.

Se l'art. 3 *septies* d.lgs. 502/1992 e l'art. 3 d.P.C.M. 14.2.2001 han-

[43] Alle medesime conclusioni erano giunti Trib. Como, sent. 1170/2020 e App. Milano, sent. 574/2020 che però avevano dichiarato *la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo relativamente alle domande svolte dal Comune verso ATS.*

[44] App. Brescia, sent. 214/2025, Trib. Bergamo, Sez. Lavoro sent. 349/2020 (riformata da App. Brescia, Sez. Lav. Sent. 73/2022).

[45] Trib. Brescia, sent. 4035/2024.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

no chiarito che le «prestazioni sociali a rilevanza sanitaria siano di competenza dei Comuni anche se sono prestate con partecipazione alla spesa, da parte dei cittadini, stabilita dai comuni stessi», ancor più chiaramente, l'art. 4, comma 2 cpv d.P.C.M. 14 febbraio 2001 conferma che presa in carico ed erogazione del servizio compete al Comune, precisando che «i comuni debbano adottare sul piano territoriale gli assetti più funzionali alla gestione, alla spesa ed al rapporto con i cittadini per consentirne l'esercizio del diritto soggettivo a beneficiare delle suddette prestazioni».

Già la l. 328/2000, del resto, aveva precisato, all'art. 6, che «i comuni sono titolari delle funzioni amministrative concernenti gli interventi sociali svolti a livello locale (comma 1) e che ai Comuni spetta l'erogazione dei servizi (comma 2, lett.b), precisando, al comma 4 che per i soggetti per i quali si renda necessario il ricovero stabile presso strutture residenziali, il comune nel quale essi hanno la residenza prima del ricovero, previamente informato, assume gli obblighi connessi all'eventuale integrazione economica».

Alla luce di tali evidenze, la giurisprudenza amministrativa ha quindi chiarito che il Comune è tenuto non solo a garantire il servizio, ma anche a verificare che sia rispettata la percentuale di riparto prevista dalla normativa statale in punto di livelli essenziali di assistenza sanitaria (LEA) evidenziando che «in base al principio della presa in carico personalizzata, desumibile dagli artt. 6 e 14 della l. 328/2000 e comunque ai principi di sussidiarietà, cooperazione, omogeneità, responsabilità ed unicità dell'amministrazione, affermati dall'art. 1, comma 3, della legge stessa 328/2000, quali principi informatori del sistema integrato di interventi e servizi sociali, è il Comune che deve garantire il servizio al cittadino. Salvo poi agire nei confronti degli altri soggetti onerati, per l'eventuale recupero delle somme necessarie al pagamento del servizio, che non possono certo essere scaricate sull'utente o sulla famiglia»[46].

[46] Così Cons. Stato, sentt. 1623/2018, ma si vedano, in relazione a Comunità Socio-Sanitarie per persone con disabilità (CSS) anche *ibidem sentt.* 4465/2026, 4481/2021, 316/2021, 5684/2019, 6431/2012, T.A.R. Lombardia, Milano, sentt. 2069/2024, 1963/2023, ord. 145/2024, T.A.R. Lombardia, Brescia, sentt. 691/2026, 327/2026, 291/2013; in relazione a residenze sanitarie per persone con disabilità (RSD): Cons. Stato, sent. 3640/2015, T.A.R. Lombardia, Milano, sentt. 2762/2025, T.A.R. Lombardia, Brescia, sentt. 1214/2025, 765/2025, 337/2025, 432/2013; in relazione a RSA: T.A.R. Lombardia, Milano, sent. 1825/2021; in relazione a Centri Diurni per per persone con Disabilità (CDD): T.A.R. Lombardia, Brescia, sent. 540/2014.

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Anche la Suprema Corte, del resto, ha precisato che «l'accoglienza di disabile grave non autosufficiente all'interno di strutture residenziali, una volta accertata per qualsiasi ragione la necessità di essa in ragione delle condizioni personali dell'interessato, deve essere attuata da parte degli enti preposti all'assistenza» – individuati in Comune e Azienda sanitaria – «per effetto della legge n. 328/2000, art. 22, lett. g), senza che sia possibile condizionarla al previo impegno al pagamento parziale o totale dei relativi costi da parte dell'interessato o dei suoi familiari», sottolineando che «la primazia della persona nell'ambito dell'ordinamento ed il diritto del singolo (art. 2 Cost.) alla tutela dei diritti inviolabili, quale certamente sono quello alla salute (art. 32 Cost.) ed all'inderogabile assistenza di base in condizioni coerenti con il proprio stato psico-fisico (ancora, art. 2 Cost., ultima parte)» impongono che «a fronte di situazioni necessitate per l'interessato, gli enti preposti a salvaguardare quegli interessi vi provvedano senz'altro»; la l. n. 328 del 1990, art. 1, comma 1, stabilisce in effetti che «la Repubblica assicura alle persone e alle famiglie un sistema integrato di interventi e servizi sociali» e ciò «in coerenza con gli artt. 2, 3 e 38 Cost.» (art. 1, comma 1); in particolare, per i fini di cui sopra, si prevede l'istituzione di un «sistema integrato di interventi e servizi sociali» ispirato a principi di «sussidiarietà» (art. 1, comma 3), ma con «carattere di universalità» (art. 2, comma 2), che «garantisce i livelli essenziali di prestazioni, ai sensi dell'art. 22», ovverosia delle prestazioni che vanno garantite e rese incondizionatamente ed universalmente[47].

8. *La compartecipazione al costo: L'ISEE*

Se e nella misura in cui residui una componete socioassistenziale della prestazione è ammissibile una compartecipazione al costo del servizio, tale concorso, però, secondo quanto richiesto dall'art. 53 Cost. deve essere necessariamente rapportata alla *capacità contributiva* dell'utente[48].

[47] Cass., sent. 23932/2020.

[48] Come efficacemente ricordato da Cons. Stato, sent. 29 febbraio 2016 n. 838, 841 e 842 che, censurando l'inclusione nell'ISEE dei trattamenti assistenziali esenti IRPEF, come l'indennità di accompagnamento, ha sottolineato che «ogni forma impositiva va comunque va ricondotta al principio *ex* art. 53 Cost. e precisato che le esenzioni e le esclusioni non sono eccezioni alla disciplina del predetto obbligo e/o del presupposto imponibile. Esse sono piuttosto vicende presidiate da valori costitu-

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

Lo strumento con cui misurare tale *capacità contributiva* è stato individuata nell'Indicatore della Situazione Economica Equivalente (ISEE), introdotto a fine anni '90, con il d.lgs 109/1998, in un'ottica di equità[49] e universalismo selettivo, che superando i limiti e le sperequazioni derivanti dalla valorizzazione del solo dato reddituale prende in considerazione e combina redditi e patrimonio di un nucleo familiare di riferimento, in relazione al carico, quantitativo e qualitativo, di tale nucleo.

Ferma la combinazione di elementi reddituali e patrimoniali rapportati al carico familiare, il sistema dell'ISEE è stato oggetto di un'ampia riforma ad opera del d.P.C.M. 159/2013[50].

Come ora putualizzato dall'art. 2 d.P.C.M. 159/2013 la «determinazione e l'applicazione dell'indicatore, tanto ai fini dell'accesso alle prestazioni sociali agevolate, quanto della definizione del livello di compartecipazione al costo delle medesime, costituisce livello essenziale delle prestazioni, ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. m) Cost.»[51].

Nel dettaglio, la situazione economica del richiedente una presta-

zionali aventi pari dignità dell'obbligo contributivo, l'effettiva realizzazione dei quali rende taluni cespiti inadatti alla contribuzione fiscale».

[49] La l. n. 449/1997, all'art. 59, con l'espresso fine di assicurare una «maggiore equità», conferisce delega al Governo per emanare «uno o più decreti legislativi di riordino, della partecipazione alla spesa e delle esenzioni» (comma 50) e «criteri unificati di valutazione della situazione economica dei soggetti che richiedono prestazioni sociali agevolate nei confronti di amministrazioni pubbliche» (commi 51 e 52).

[50] Dopo l'intervento di Cons Stato, sentt. 29 febbraio 2016 nn. 838, 841 e 842 cit. che aveva ritenuto illegittimo valorizzare come elementi reddiutali, trattamenti assistenziali esenti IRPEF, la disciplina è stata nell'immediatezza emendata ad opera dell'art. 2 *sexies* d.l. n. 42/2016 conv. in l. n. 89/2016, quindi aggiornata in forza del d.P.C.M. 14 gennaio 2025, n. 13. Sia consentito un rinvio a M. Gioncada, F. Trebeschi, P.A. Mirri, A. Candido, *ISEE e prestazioni sociali e sociosanitarie. Compartecipazione, riparto degli oneri*, *contenzioso*, Santarcangelo di Romagna, 2015 e con riferimento anche alle ultime riforme a F. Trebeschi, *L'integrazione pubblica della retta per le prestazioni assistenziali e la misurazione della capacità economica del nucleo familiare rilevante a fini compartecipativi*, in A. Candido (a cura di), *La presa in carico della persona fragile*, Torino, 2025.

[51] Così risolvendo il problema del rapporto con le varie normative regionali a seguito della riforma del titolo V Cost., che aveva visto una difficile composizione nella vigenza prima versione dell'ISEE ed era culminato nelle sentenze n. 296 e n. 297/2012 della Corte costituzionale che avevano ritenuto la necessità di un previo accordo in Conferenza Stato-Regioni, poi intervenuto il 13 giugno 2013. Un interessante commento si veda in: A. Candido, *LIVEAS o non LIVEAS. Il diritto all'assistenza e la riforma dell'ISEE in due pronunce discordanti*, in *Riv. AIC*, n. 2/2013.

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

zione sociale agevolata dovrà quindi essere calcolata, con riferimento al nucleo familiare di appartenenza, come il rapporto tra l'*Indicatore della situazione economica* (ISE) e il parametro della *scala di equivalenza* corrispondente alla specifica composizione del nucleo familiare.

A sua volta, l'ISE, *ex* art. 2, comma 3 del suddetto d.P.C.M., è il risultato della combinzione tra l'*indicatore della situazione reddituale*, determinato ai sensi dell'art. 4, e del 20% dell'*indicatore della situazione patrimoniale*, determinato ai sensi dell'art. 5.

L'*indicatore della situazione reddituale*, come precisato dall'art. 4 si ottiene sommando tutti e solo i redditi indicati nell'art. 4, comma 2 al netto delle franchigie indicate ai commi 3 e 4.

In particolare dopo la riforma di cui all'art. 2 *sexies* d.l. 42/2016 sono ora espressamente esclusi dal reddito disponibile, i «trattamenti assistenziali, previdenziali e indennitari, comprese le carte di debito, a qualunque titolo percepiti da amministrazioni pubbliche in ragione della condizione di disabilità, laddove non rientranti nel reddito complessivo ai fini dell'IRPEF».

L'*indicatore della situazione patrimoniale*, che, come s'è detto, può essere valorizzato solo nella misura del 20%, è, invece, il risultato della somma del patrimonio immobiliare e mobiliare come definito dall'art. 5.

Anche in questo caso sono previste delle precise, specifiche e inderogabili franchigie.

L'ISEE non è, dunque uno strumento per individuare ogni bene dell'assistito ed incamerarlo, ma serve a definire criteri per la valutazione della situazione economica del richiedente la prestazione, in modo da consentire maggiore equità al fine della compartecipazione al costo dei servizi: il mancato rispetto delle disposizioni della disciplina ISEE, volta a definire criteri equi di compartecipazione, del resto, non può che risolversi in una sistematica violazione del principio di proporzionalità.

Peraltro la normativa ISEE non fornisce indicazioni per definire se una persona sia povera o ricca demandando tale valutazione alla discrezionalità degli enti erogatori che però incontra il limite invalicabile nella capacità contributiva coincidente con la ricchezza evidenziata dall'ISEE: sul punto la giurisprudenza è ampiamente consolidata «nell'affermare che l'ISEE rappresenta anche il livello massimo di compartecipazione dell'assistito ai costi, soglia che spetta allo Stato determinare, venendo in rilievo la garanzia di assicurare l'uniformità delle prestazioni che rientrano nei livelli essenziali di assistenza, ovvero che in definitiva, l'ISEE costituisce la soglia della eventuale

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

sopportazione della spesa del ricovero, da parte del beneficiario della prestazione assistenziale»[52].

[52] Così, in maniera cristallina Cons. Stato, sentt. 20 marzo 2023, n. 3072, ma si veda *ibidem* 1° luglio 2026 nn. 5215 e 5216, 24 luglio 2026 n. 6079, 4 giugno 2026 n. 4465, 12 agosto 2025, n. 7027; 31 gennaio 2025, n. 778; 19 giugno 2024, n. 5493; 11 luglio 2023, n. 6788; 13 aprile 2023, n. 3757; 20 aprile 2022, n. 2979; 29 marzo 2022, n. 2295; 11 gennaio 2021, n. 316; 10 giugno 2021, n. 4481; 10 dicembre 2020, n. 7580; 2 marzo 2020, n. 1505 e 2 gennaio 2020, n. 1; Sez. I, par. 4 maggio 2023, n. 658; T.A.R. Lombardia, Milano, sentt. 21 novembre 2024, n. 2391; 4 luglio 2024, n. 2069; 2 agosto 2022, n. 1878; 13 marzo 2024, nn. 730 e 731; 26 luglio 2023, n. 1964; 13 dicembre 2022, n. 2746; 27 luglio 2022, n. 1807; 3 marzo 2022, n. 288; 1° febbraio 2022, n. 232; 8 ottobre 2021, n. 2192; 26 luglio 2021, n. 1825; 5 luglio 2019, n. 1545; T.A.R Veneto, sentt. 28 agosto 2025, n. 1490; 22 luglio 2025, nn. 1309 e 1314; 18 luglio 2025, n. 1272; 14 luglio 2025, nn. 1207 e 1209; 27 giugno 2025, n. 1104; 8 aprile 2025, n. 512; 7 aprile 2025, n. 494; 5 marzo 2025, n. 320; 4 marzo 2025, n. 313; 13 febbraio 2025, n. 221; 14 febbraio 2024, n. 261; 7 luglio 2023, n. 1066; 27 aprile 2023, n. 577; T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, sentt. 27 maggio 2025, nn. 558 e 559; T.A.R. Lombardia, Brescia, sentt. 14 agosto 2025, n. 765; 18 aprile 2025, n. 337; 19 novembre 2024, n. 922; 28 maggio 2024, n. 470; 1° settembre 2022, n. 818.

ISBN 978-88-495-6328-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Gli Autori

Andrea Apollonio, Sostituto procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Patti.

Giuseppe Arconzo, Professore ordinario di Diritto costituzionale e pubblico, Università degli Studi di Milano.

Francesco Bestagno, Giudice del Tribunale dell'Unione europea; Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università Cattolica del Sacro Cuore.

Quirino Camerlengo, Professore ordinario di Diritto costituzionale e pubblico, Università degli Studi di Milano-Bicocca.

Alessandro Candido, Professore associato di Diritto costituzionale e pubblico, Università degli Studi di Milano-Bicocca.

Carolina Clò, Tribunale di Modena.

Antonio De Vita, T.A.R. Lombardia, sede di Milano.

Nicola Di Leo, Giudice del lavoro presso il Tribunale di Milano.

Massimiliano Gioncada, Avvocato del Foro di Brescia.

Joëlle Long, Professoressa associata di Diritto privato, Università degli Studi di Torino.

Paolo Morozzo della Rocca, Professore ordinario di Diritto privato, Università per Stranieri di Perugia.

Mauro Paladini, Presidente della Scuola Superiore della Magistratura; Professore ordinario di Diritto privato, Università degli Studi di Milano-Bicocca.

Francesco Trebeschi, Avvocato del Foro di Brescia.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6328-3

Per i tipi dell'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato italiano

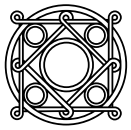
1. *Bioetica e biodiritto*
2. *Raccolta delle fonti e delle principali delibere della Scuola superiore della magistratura*
3. *Comunione e condominio*
4. *Diritti e obblighi del lavoratore all'epoca COVID*
5. *Il trattamento dei dati personali in ambito giudiziario*
6. *Storia della magistratura*
7. *I metodi di risoluzione alternativa delle controversie: Focus su mediazione, negoziazione assistita e conciliazione giudiziale*
8. *Il procedimento disciplinare dei magistrati*
9. *L'ordinamento giudiziario*
10. *L'evoluzione della responsabilità civile*
11. *I diritti fondamentali fra Carte e Costituzioni europee*
12. *Dieci anni di Scuola superiore della magistratura (2011-2021)*
13. *Il diritto dei contratti e l'emergenza sanitaria*
14. *Il diritto tributario nella prospettiva penale e civile*
15. *Giustizia digitale*
16. *Il nuovo diritto di famiglia*
17. *L'etica giudiziaria*
18. *Gli assetti organizzativi dell'impresa*
19. *Intercettazioni di comunicazioni e tabulati*
20. *Il giudizio civile di cassazione*
21. *Scienza e diritto penale*
22. *Il diritto dell'immigrazione*
23. *Composizione negoziata della crisi di impresa e concordato semplificato*
24. *Contratto, contratti e mercati*
25. *Le criticità del sistema giustizia: dall'irragionevole durata del processo all'ingiusta detenzione*
26. *Le fonti del diritto, il ruolo della giurisprudenza e il principio di legalità*
27. *Il nesso di causalità nel diritto civile e nel diritto penale*
28. *Rapporto di ricerca - La valutazione di medio-lungo periodo dei corsi di formazione iniziale e dei corsi di formazione permanente organizzati dalla Scuola superiore della magistratura*
29. *Le sanzioni amministrative*
30. *I reati concernenti gli stupefacenti*
31. *Rapporti patrimoniali e nuove tecnologie*
32. *Psicologia del giudicare*
33. *Contratto, clausole generali e principi*
34. *Storia della magistratura e dell'associazionismo*
35. *La tutela penale dei beni culturali*
34. *Storia della magistratura e dell'associazionismo*
35. *La tutela penale dei beni culturali*
34. *Storia della magistratura e dell'associazionismo*
35. *La tutela penale dei beni culturali*
36. *Storia della magistratura nell'età contemporanea*
37. *Insolvency law and human rights*

Per i tipi della Edizioni Scientifiche Italiane

1. *Il magistrato di fronte alle disabilità*, a cura di Alessandro Candido, 2026.



Questo volume è stato impresso
nel mese di ottobre dell'anno 2026 per
le Edizioni Scientifiche Italiane S.p.A.
Stampato in Italia



Edizioni Scientifiche Italiane

www.edizioniesi.it info@edizioniesi.it

https://www.edizioniesi.it
https://www.esidigita.it

edizioni_scientifiche_italiane

Edizioni Scientifiche Italiane

Edizioni Scientifiche Italiane

Quaderni della Scuola Superiore della Magistratura
1

742615826E

Che cosa significa garantire concretamente i diritti delle persone con disabilità? E quale ruolo è chiamato a svolgere il magistrato di fronte a un quadro normativo in profonda trasformazione?
Il volume, nato dall'omonimo corso organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura nel gennaio 2026, affronta queste domande attraverso il dialogo tra studiosi, magistrati e professionisti. Dalla cornice costituzionale e sovranazionale alle innovazioni della riforma della disabilità, i contributi esaminano le questioni che più direttamente interrogano la pratica giudiziaria: inclusione scolastica, discriminazioni, vulnerabilità nel processo penale, tutela delle persone straniere con disabilità, misure di protezione, livelli essenziali delle prestazioni e contenzioso sociosanitario.
Ne emerge una riflessione che coniuga ricostruzione sistematica e strumenti operativi, ponendo al centro l'autodeterminazione, il progetto di vita e il passaggio da risposte frammentate a una tutela personalizzata ed effettiva.

Alessandro Candido è professore associato di Diritto costituzionale e pubblico presso l'Università degli Studi di Milano-Bicocca e avvocato cassazionista. È autore di due monografie e di numerosi studi di diritto costituzionale, regionale, amministrativo e dell'economia, con particolare attenzione alla tutela delle persone con disabilità. È stato componente della Commissione redigente per l'attuazione della legge delega sulla disabilità (2022) ed esperto del Ministro per le disabilità (2025-2026). Esperto formatore presso la Scuola Superiore della Magistratura, ha curato il volume «La presa in carico della persona fragile. Un dialogo tra giurisdizioni su questioni di diritto sociosanitario e socioassistenziale» (Giappichelli, 2025).

ISBN 978-88-495-6328-3