

Francesco P. Olivieri

STRUMENTI A TUTELA DELLA DISABILITÀ

CASISTICA E ANALISI COMPARATA

INDICE

<i>Ringraziamenti</i>	VII
---------------------------------	-----

INTRODUZIONE

1. Premesse e scopi della ricerca	1
2. La tutela dei Diritti della personalità	5
3. Un'analisi comparata	7

Capitolo 1

I SOGGETTI

1. Le qualificazioni giuridiche di base	19
1.1. La capacità giuridica	19
1.2. La capacità e incapacità di agire	24
1.3. La capacità e incapacità naturale	25
2. I soggetti dal lato attivo	27
2.1. Il minore di età	27
2.2. L'inabilitato	29
2.3. L'interdetto	30
2.4. L'incapace naturale	31
3. I soggetti dal lato passivo	33
3.1. I genitori	33
3.2. Il Tutore	36
3.3. Il Curatore	38
3.4. L'Amministrazione di sostegno	40
3.5. Le norme regolatrici connesse	44
4. Gli effetti negoziali dell'atto compiuto dall'incapace	48
4.1. Annullabilità, nullità e differenze con l'incapacità naturale	49
4.2. Cenni ai Diritti del terzo in buona fede	53

Capitolo 2

I MEZZI DI TUTELA

1. Gli istituti dell'Ordinamento italiano a presidio dei soggetti deboli	55
1.1. La potestà genitoriale	55
1.2. La tutela	59
1.3. La curatela	61
1.4. L'amministrazione di sostegno	62
2. La normativa del Codice Civile	63

3.	L'interdizione legale e le altre sanzioni penali	67
3.1.	Distinzione tra pene principali e accessorie: tipologie, modifiche alla disciplina, pene accessorie speciali.	67
3.2.	La nozione di famiglia in Diritto Penale.	78
3.3.	L'interdizione legale <i>ex art. 32 c.p.</i>	81
3.4.	Decadenza e sospensione dalla responsabilità genitoriale	86
4.	La tutela dell'incapace a livello internazionale: Carta di Nizza, Convenzione EDU, Convenzione ONU sui Diritti delle persone con disabilità	91
5.	Altri istituti previsti da Ordinamenti esteri:	94
5.1.	Il sistema dell' <i>incapacité</i> francese	95
5.2.	La teoria dei <i>necessaries</i> ed incapacità nel <i>Common Law</i>	96

Capitolo 3

ESAME CASISTICO FATTUALE

1.	Tipologie di disabilità fisiche e psichiche	99
2.	Gli aspetti temporali legati all'insorgere della patologia	107
3.	Le graduazioni della disabilità	108
4.	Il minore.	112
5.	L'alienazione parentale.	114
6.	Il portatore di handicap	117
7.	Il malato cronico	120
8.	Il ludopatico e il prodigo compulsivo	121
9.	Il tossicodipendente	122
10.	L'alcolista cronico e l'etilista cirrotico	125
11.	L'anziano	127
12.	Il sordomuto e il non vedente.	131
13.	L'analfabeta	134
14.	La dipendenza sessuale	136
15.	Bulimia e anoressia	140
16.	Il lavoratore compulsivo	142
17.	Il <i>social addicted</i>	143

Capitolo 4

IL TRUST

1.	Il Trust in generale	147
2.	Il Trust di tutela per i soggetti deboli	153
3.	Analisi casistica dei Trust a protezione dell'incapace	160
3.1.	L'esperienza di <i>Common law</i> , <i>Charitable Trust</i>	160
3.1.1.	<i>Charitable Remainder Trusts</i>	163
3.1.2.	<i>Charitable Lead Trust</i>	164
3.2.	<i>Trust for an intended purpose</i>	164
3.3.	<i>Trust Jersey Law</i>	166

Capitolo 5 ISTITUTI ALTERNATIVI

1.	Gli Istituti giuridici italiani	169
1.1.	I vincoli di destinazione	171
1.2.	La Legge italiana sul “Dopo di noi”	176
1.3.	L’art. 2645-ter c.c.	181
1.4.	Il fondo patrimoniale	183
1.5.	La sostituzione fidecommissoria	190

Capitolo 6 ESAME COMPARATO

1.	Il Diritto anglosassone	197
1.1.	<i>Donor Advised Funds</i>	208
1.2.	<i>Private Foundations</i>	211
2.	L’esperienza francese.	214
2.1.	La L. 2007-211 del 19 febbraio 2007	214
2.2.	La <i>fiducie</i>	216
3.	L’esperienza germanica: le <i>Stiftung</i>	219
4.	Il Diritto Canonico	221
4.1.	La sostituzione fiduciaria	222
4.2.	Le Pie fondazioni.	223
5.	Differenze fondamentali tra Fondazioni e Trust	227

Capitolo 7 CONCLUSIONI

1.	Considerazioni comparatistiche	231
2.	I mezzi di tutela a salvaguardia dell’incapace	234
3.	<i>Reductio ad unum</i> o sistema armonizzato	236
4.	Il <i>Trust</i> come possibile soluzione unitaria e coerente	246
	<i>Bibliografia</i>	253

INTRODUZIONE

1. Premesse e scopi della ricerca. — 2. La tutela dei Diritti della personalità. —
3. Un'analisi comparata.

1. Premesse e scopi della ricerca.

Mi corre l'obbligo, preliminarmente, di ricordare la genesi del presente contributo, frutto di singolare annotazione autobiografica per la quale mi scuso con il cortese Lettore: anni or sono, direi quasi in una mia vita pregressa, ero un professionista coinvolto quotidianamente in corsa incessante ed in costante incremento (abitudine condivisa, credo, con la maggioranza dei Colleghi) appagato dai risultati professionali, ma sempre volto a ricercare nuovi stimoli e traguardi lavorativi quasi senza soluzione di continuità, con la conseguenza che, anche nel poco tempo libero, mi affannavo con impegno e passione per colmarlo dedicandomi a ciò che per tutta la vita è sempre stato il mio grande amore: il cavallo.

Finché... finché un giorno proprio uno dei miei adorati quadrupedi, non certo per sua colpa, mi disarcionò e la mia vita mutò drasticamente: la frattura di ben cinque vertebre a un solo centimetro dal midollo spinale, la lunga degenza ospedaliera prima e la forzata inattività professionale con altrettanto obbligata perdurante sessione casalinga poi, il protrarsi infinito della riabilitazione costellata da successi e regressi, gli innumerevoli impicci connessi, le conseguenze dei fortunatamente pochi ma fastidiosi postumi permanenti, tutto ciò e molto altro ancora, mi dette modo finalmente di fermarmi (forzosamente...) e riflettere a lungo, come mai in precedenza.

Da tale periodo, che ha profondamente cambiato la mia vita, è nata la prima esigenza di approfondimento sulla materia della disabilità, pianeta troppo sconosciuto quanto prossimo alla « normalità » di ciascuno di noi, senza che spesso neppure ce ne rendiamo conto.

Ben più e meglio di quanto possa qui esprimermi, si coglie la vera essenza della questione leggendo un testo « Disabilità, giustizia, Di-

ritto » (1) che s'inerpica con competenza e completezza tra dibattiti filosofici e giuridici, finalizzato più nel dettaglio a comprendere se nel panorama giusfilosofico contemporaneo le persone con disabilità siano ricomprese nella più ampia categoria dei soggetti (sociali) e se sì, parallelamente in quella dei soggetti di giustizia e di Diritto.

Dopo un'introduzione particolarmente attenta alla definizione strettamente intrinseca di "Disabilità" vi si affronta il paradigma medico-individualista in cui la malattia appare essere null'altro che un mal funzionamento del corpo umano, macchina potenzialmente destinata ad una perfezione che la disabilità fa venir meno. La disabilità di fatto, per tale considerazione, rappresenta un ostacolo alla piena fioritura umana e di tale dottrina cito testualmente i due "doveri" e i due "Diritti" del soggetto disabile:

— i primi sono il "riconoscere la propria condizione come indesiderabile" e "collaborare con le agenzie terapeutiche per la guarigione";

— i secondi sono l'"esonero dalle obbligazioni sociali relative ai ruoli cittadini" e l'"esonero dal discredito che grava sui cittadini ritenuti irresponsabili (perché non lavorano)".

Partendo da tale "*sick role*" si ritiene doveroso e necessario, così, il rimando al rinnovamento culturale che ha interessato nei secoli precedenti la Disabilità e nello specifico i soggetti disabili. È di essenziale importanza valutare come ogni singolo momento del percorso di sviluppo dei pensieri filosofico-giuridici sulla disabilità sia stato strettamente connesso alla tripartizione interna della Disabilità stessa: intellettuale, cognitiva e psicologica.

Tale distinzione nel passato è stata meno percepita in quanto era la Disabilità nella sua integrità, senza particolare riguardo alla tipologia della stessa, a spaventare le collettività.

Ed è stato questo il motivo alla base delle *Ugly Laws* emanate nel 1904 a Chicago, così come lo stesso che ha successivamente portato nel 1920 due illustri studiosi ad elaborare considerazioni sulle "vite non degne di essere vissute".

Hoche, psichiatra e Binding, giurista, apportarono infatti alla base della loro teoria tre considerazioni:

- 1) la vita degli individui disabili è infelice;
- 2) la vita dei familiari dei disabili è pregna di dolore e impotenza;
- 3) le risorse pubbliche a loro destinate potrebbero essere sfruttate altrove più utilmente.

(1) Maria Giulia Bernardini, Dottoressa di Ricerca in Diritti Umani presso l'Università degli Studi di Palermo, assegnista di ricerca in Filosofia del Diritto presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Ferrara.

Ad esse, all'inizio del XX secolo, è stato riconnesso un fervente dibattito, a volte spietato, sulla nascita di bambini con malformazioni genetiche: la disabilità vista come una "*harmed condition we have a strong rational preference not to be in*" quale naturale condizione di fuga dalla disabilità ha lasciato pian piano spazio a vari studi.

Questi ultimi spaziano dal neo-contrattualismo rawlsiano (2) all'approccio delle capacità, dall'etica della cura a quella della vulnerabilità, dal percorso foucaultiano (3) a quello dell'età dei Diritti, fino a indagare quale possa essere la compatibilità tra l'astratto soggetto di Diritto razionale ed i concreti soggetti con disabilità, che reclamano il proprio Diritto all'inclusione.

Contestualmente a tali dibattiti un gruppo di disabili, senza paura e con grande coraggio, coniò il motto "*Nothing about us without us*", in netta contrapposizione con il paradigma c.d. "abilista", quello degli abili in sostanza. Se il motto sopracitato non avesse scatenato il successivo slogan "Il personale è politico" non sarebbero, di fatto, esistiti o forse non in questi termini gli attivisti dei *Disability Studies*: i fautori del "vivere protagonisti della propria vita con il Diritto di avere Diritti."

I *Disability Studies* sono una prospettiva critica relativamente recente che trae origine dalle rivendicazioni per i Diritti civili compiute, a partire dagli anni '60 del Novecento, dal Disability Rights Movement e suddivisi in UK Disability Studies e US Disability Studies a seconda della culla di sviluppo: Regno Unito o Stati Uniti d'America.

Queste correnti affrontano la disabilità da due punti di vista inevitabilmente differenti, in quanto nella prima i "disabili" (*disabled people*) vengono analizzati tramite un'azione disabilitante della società nei confronti di tali soggetti, mentre nella seconda corrente le "persone con disabilità" (*persons with disabilities*) appaiono nella loro irriducibilità al proprio deficit, volendone altresì rivendicarne i Diritti civili alla voce di: "*Disabled by societies, not by our bodies*".

Da tale slogan scaturisce un rimando concettuale alla Disabilità come una forma peculiare di radicale alterità, in relazione alla quale si sono susseguite diverse fasi.

(2) Il filosofo statunitense John Rawls (Baltimora 1921-Lexington 2002) è l'iniziatore del neocontrattualismo (La teoria della giustizia, 1971) che rielabora l'idea del contratto sociale, intendendolo non solo come strumento di legittimazione dello Stato, ma anche di giustificazione dei principi della giustizia.

(3) Michel Foucault, 1926, studiò filosofia e psicologia all'Ecole Normale Supérieure di Parigi e lavorò presso istituti culturali francesi, concentrandosi sull'epistemologia. In particolare, sulle condizioni storiche della scienza in connessione con malattia, follia, psicopatologia, medicina clinica e loro applicazioni cliniche.

La prima, anche detta primo passaggio, è quella dell'**Esibizionismo** che collega la malformazione alla mostruosità tramite i *freak shows*: spettacoli a pagamento in voga negli Stati Uniti dal XIX secolo alla prima metà del XX secolo, che prevedevano come protagonisti i c.d. fenomeni da baraccone (*wonders*), persone o animali con aspetto insolito o anomalo (quali ad esempio l'altezza, la presenza di malattie o di rare malformazioni fisiche) al fine di impressionare gli spettatori e attirare le persone alle fiere.

In tale contesto l'osservatore rimane a debita distanza dal *freak*-osservato, quasi fossimo ad una sorta di zoo e tutto questo contesto fisico-psicologico è evidente sinonimo di una rimarcata ulteriore esclusione ed anormalità.

La seconda è quella, dopo aver vissuto un periodo di occultamento della disabilità, dell'Esibizionismo, di nuovo, ma in termini di libera scelta del soggetto disabile che, riappropriandosi della propria identità, decide di sfruttarla come opportunità lavorativa dando origine alla categoria degli "artisti *Freak*". Seppur il rischio, anche qui, è quello di una strumentalizzazione della disabilità in termini di esibizione-ostentazione e spettacolo, la "nuova generazione *freak*" è figlia, di fatto, di un orgoglio della propria disabilità tale da connettersi vertiginosamente alla corrente del *Disability Pride*.

Quest'ultima, frutto delle nuove convinzioni, può comportare da un lato la libera scelta della trasmissione della disabilità per motivi di appartenenza ereditaria o più emotivamente il riconoscimento degli stessi disabili nel **Paradosso della Felicità**. Secondo questo paradosso, sviluppato nel 1946 e in tal caso adattato al mondo della Disabilità, le persone con disabilità percepiscono e dichiarano di avere una qualità di vita superiore rispetto a quelle normodotate.

Fin qui in estrema sintesi le indicazioni storiografiche, ma val forse il caso se non di approfondirci a considerare, quanto meno "sforare" meglio anche altri aspetti, quelli che si sviluppano cioè in ambito più squisitamente filosofico, etico, morale ed allora:

Con orgoglio, ritengo fondamentale che ad ogni disabile, almeno una volta nella vita, sia reso possibile l'accesso a un percorso introspettivo psicologico vissuto grazie e attraverso l'accettazione di se stesso, da se stesso oltre che auspicabilmente anche dagli altri o per lo meno dai più emotivamente a lui coinvolti.

Con speranza, auspico in non troppo remoto proseguo, il progresso normativo in ambito internazionale, comunitario e nazionale per la determinazione sempre più profonda del disabile, come soggetto sociale e di Diritto.

Con fiducia, infine, auguro vi siano sempre più disabili che possano mettere in ogni ambito e quindi anche in quello giuridico, le proprie

conoscenze e competenze — ma anche i propri sentimenti — al servizio di chi è altrettanto disabile, senza tuttavia pari capacità o motivazione, per creare insieme ad essi un cordone che non riesca più a scindere la solidarietà morale dalla collaborazione professionale.

Per rendere, insieme, il mondo (dis)abile per tutti!

2. La tutela dei Diritti della personalità.

Analizzare il tema dei Diritti della personalità, con particolare riguardo all'aspetto della salvaguardia dei soggetti più deboli, quali i minori ma in particolar modo i disabili, è già di per se stesso argomento non agevole per mole, diversità e difficoltà della materia. La presente disamina offrirà perciò un approccio teorico e pratico ad un tempo, oltre ad un taglio comparato, finalizzato a valutare differenti soluzioni giuridiche disciplinate da alcuni Ordinamenti esteri di riferimento, per poi cercare di proporre al Lettore un ipotetico strumento di garanzia, tendenzialmente efficace e capace di porsi quale metodo di tutela più idoneo per la protezione dei soggetti deboli.

Il tema dei Diritti della personalità ha assunto ormai e giustamente, una valenza estremamente rilevante nel panorama dell'odierna società, dove la sensibilità per i Diritti umani e la protezione degli individui più deboli rappresentano una costante nel dibattito scientifico, giuridico e non.

Tuttavia, solo nel secondo novecento il problema della tutela dei Diritti dell'uomo è stato posto al centro di tale dibattito accademico, sociale e giuridico.

La catastrofe della II guerra mondiale e dell'atomica, la degradazione e il misconoscimento di tutti i valori della persona, la tragedia delle persecuzioni razziali infine, hanno costituito la spinta ultima per il Legislatore onde offrire largo spazio alla tutela dei Diritti inviolabili dell'individuo. Si ricordino a tal proposito, la Dichiarazione universale dei Diritti dell'uomo adottata dalle Nazioni Unite il 10 novembre del 1948 e la Convenzione europea dei Diritti dell'uomo sottoscritta a Roma il 4 novembre 1950, ratificata con L. 848/1955 (4).

Negli Ordinamenti occidentali contemporanei, l'individuo rappresenta il fulcro centrale della scala dei valori, le Carte Costituzionali pongono i Diritti della persona alla propria base e le norme giuridiche vengono spesso interpretate dalle Corti dei vari Stati, tenendo sempre più presente, a livello teleologico, la garanzia dei Diritti costituzionalmente garantiti di ogni singolo soggetto. Anche la Costituzione italiana, all'art. 2, riconosce e garantisce i

(4) F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2017, 179.

Diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità.

Sull'argomento della lettura costituzionale dei Diritti della persona è stato inoltre osservato (5) che "un'ulteriore questione, che qui può essere solo accennata, riguarda l'applicazione diretta delle norme costituzionali (e in particolar modo dei Diritti fondamentali) ai rapporti interprivati, eventualmente anche in assenza di una puntuale *interpositio legislatoris*, ossia quella che nella dottrina di lingua tedesca è chiamata *Drittwirkung der Grundrechte*.

La tesi che le norme costituzionali siano immediatamente precettive e che i Diritti costituzionali abbiano diretta rilevanza anche nei rapporti interprivati e non solo nei rapporti tra cittadini e Stato, è ormai unanimemente accolta nella letteratura costituzionalistica, quantomeno a partire dai fondamentali contributi di Vezio Crisafulli, ed è basata sull'acquisita consapevolezza del superamento della separazione tra Stato e società civile, tipica della cultura costituzionale ottocentesca.

Peraltro, secondo alcuni tale superamento non dovrebbe essere ricondotto soltanto ad un mutato atteggiamento culturale, ma sarebbe altresì sanzionato a livello giuridico positivo proprio dal riconoscimento dei Diritti inviolabili dell'uomo di cui all'art. 2: quest'ultimo comporterebbe che le norme costituzionali debbano essere rispettate in via diretta nei rapporti dei singoli non solo con qualche potere pubblico o privato che sia, « ma anche nei confronti dei privati e dei gruppi privati che non detengano, istituzionalmente, dei poteri ».

Si tratta insomma di passare dai Diritti fondamentali alle Carte Costituzionali e da queste ai Diritti della personalità, il tutto senza soluzione di continuità. Le caratteristiche fondamentali dei Diritti della personalità come rappresentate nel nostro Ordinamento sono riassumibili, in estrema sintesi, nei seguenti elementi ineludibili:

— **innatezza**, per il fatto di essere attribuiti a ciascun soggetto fin dalla nascita, senza distinzione alcuna di sesso, razza, origine geografica o religione;

— **non patrimonialità**, derivante dall'impossibilità di valutare tali Diritti economicamente;

— **assolutezza**, per cui tali Diritti sono tutelati *erga omnes*;

— **indisponibilità**, per esprimerne la proibizione di rinunciarne alla tutela, così come prescritto all'art. 5 c.c., il quale impone il divieto assoluto di compiere atti di disposizione del proprio corpo quando cagionino una

(5) G. PINO, *Teorie e dottrine dei diritti della personalità. Uno studio di meta-Giurisprudenza analitica*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2003, 237.

diminuzione permanente della integrità fisica o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume;

— **inviolabilità**, strettamente connessa all'indisponibilità, per rendere tali situazioni giuridiche soggettive insuscettibili di essere lese, né dal singolo e né in particolare dallo Stato;

— **imprescrittibilità**, infine e che inerisce alla perpetua proponibilità all'azione contro ogni illecito volto a ledere tali Diritti, salvo quanto previsto in merito alla prescrizione *ex art. 2043 c.c.*

3. Un'analisi comparata.

L'intento ulteriore di questo lavoro è anche quello di evidenziare i profili differenzianti della Legislazione vigente, sia a livello comunitario che nazionale, propri di altri Ordinamenti ed interessanti i soggetti portatori di diversità riduttive delle proprie capacità, rispetto a quelli c.d. normodotati.

Occorre anche premettere che il principio di non discriminazione esprime — *lato sensu* — tutta la sua dirompente portata laddove si venga ad affrontare il tema dei Diritti fondamentali, la cui garanzia nei confronti dei soggetti deboli, d'altronde, si presenta come condizione imprescindibile per la realizzazione della loro inclusione sociale e del principio di uguaglianza.

I Diritti sociali, strumentali alla liberazione dell'uomo dal bisogno e dall'indigenza e pertanto funzionali alla tutela della stessa dignità umana, hanno infatti una valenza universale, come Diritti che spettano alla persona umana in quanto tale, a prescindere da ogni e qualsiasi sua ulteriore connotazione.

L'analisi che segue sarà quindi condotta evidenziando i limiti di un principio di parità di trattamento, che opera in maniera differenziata a seconda dello *status* del soggetto che chiede (o per meglio dire, giustamente pretendere) la tutela dei propri Diritti, ponendosene in evidenza le relative anomalie.

La tutela dei Diritti sociali non ha mai rappresentato, purtroppo, uno dei primari obiettivi che la Comunità Europea prima e l'Unione Europea poi intendevano perseguire; piuttosto gli interessi da tutelare sono stati principalmente vocati alle libertà economiche od alla libertà dei mercati ed è stato proprio per tramite della tutela del mercato comunitario che si è fatta strada la predisposizione di un sistema comunitario di *welfare*.

A differenza della concezione *marshalliana* (6) di "cittadinanza sociale"

(6) Alfred Marshall economista inglese del XIX sec. È stato uno dei più influenti economisti del suo tempo che ha elaborato nella propria principale opera (Principi di

pensata in termini opposti rispetto alla logica del mercato e che configura una nozione di Diritti sociali quali funzionali a proteggere la persona dagli esiti avversi derivanti da meccanismi anche perversi del funzionamento del mercato, in ambito comunitario la tutela del mercato comune e la sicurezza sociale non sono mai stati concepiti come termini opposti, quanto e piuttosto complementari.

La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo sancisce un generale divieto di discriminazione all'art. 14 il quale, tuttavia, si limita a vietare il compimento di atti discriminatori con esclusivo riferimento ai Diritti garantiti dalla medesima Convenzione. In tal modo la norma viene a trovarsi in posizione di accessorietà rispetto alle altre disposizioni della prima parte della Convenzione stessa e risulta priva di un ambito di applicazione indipendente.

Tuttavia, in conseguenza dell'intensificarsi di iniziative volte ad ampliare l'apparato delle tutele convenzionali in tale materia, si è ritenuto di dover estendere le garanzie in tema di discriminazione attraverso l'elaborazione di un apposito Protocollo. Così tramite l'inserimento nella Convenzione del Protocollo n. 12 (7) si è giunti a sancire un divieto di discriminazione generale esteso a tutti i campi e settori (art. 1).

L'art. 14, come testualmente recita (*Il godimento dei Diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita o ogni altra condizione*) ha acquisito, in sostanza, una valenza autonomamente precettiva che prescinde dal necessario ancoraggio ai Diritti enunciati dalla Convenzione; da cui deriva la possibilità, con l'entrata in vigore del Protocollo n. 12, di azionare i meccanismi di tutela istituiti dalla Convenzione ed in particolare il ricorso alla Corte europea ogniquale volta sussista una discriminazione a prescindere dal contenuto del Diritto su cui questa incida.

Tale rilevante innovazione appare in gran parte dovuta all'operato di un organo specializzato del Consiglio Europeo, istituito al fine di elaborare politiche comuni di integrazione sociale e lotta al razzismo: la Commissione europea contro la discriminazione e l'intolleranza (ECRI), avente il compito specifico di procedere all'esame e verifica dell'applicazione delle misure

economia) i concetti di domanda e offerta, utilità marginale e costo di produzione alla base della politica neoclassica dell'economia moderna.

(7) Per il testo originale completo v. <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/177>.

politiche e giuridiche di lotta alla discriminazione adottate dai singoli Stati membri.

A tal fine essa può proporre agli Stati stessi tutte le misure che siano ritenute più idonee a combattere il razzismo, la xenofobia e l'intolleranza, in rapporto alle situazioni che caratterizzano le singole realtà dei vari Paesi.

L'approccio prescelto è definito, infatti, *country by country*, in quanto la Commissione effettua lo studio dei fenomeni del razzismo e delle diverse forme discriminatorie analizzando da vicino la situazione di ciascun Paese membro del Consiglio d'Europa, al fine di tener conto delle diverse modalità con le quali il problema si pone a livello nazionale.

Per poter ottenere tale risultato, la commissione opera in supporto con i Governi nazionali, in stretta correlazione con le istituzioni locali e con le organizzazioni non governative, elaborando rapporti che contengono suggerimenti, analisi e raccomandazioni volti a risolvere problemi specifici.

L'ECRI procede, altresì, all'emanazione di Raccomandazioni su temi generali, che delineano le strategie comuni, alle quali tutti i governi degli Stati membri sono invitati ad ispirare le proprie politiche nazionali.

La Carta, inoltre, non detta disposizioni particolari per quanto riguarda i Diritti sociali che sono richiamati tra i Diritti fondamentali, in quanto funzionali al rispetto della dignità umana, ma non sono previste disposizioni vincolanti per gli Stati perché ne garantiscano l'effettivo godimento.

Tuttavia, i Giudici di Strasburgo hanno avuto un ruolo di primo piano nella salvaguardia di tali Diritti, spingendosi ben oltre la tutela assicurata *aliunde* dalla Corte di Giustizia Europea. Essi hanno, infatti, offerto un'ampia protezione con riferimento alle prestazioni sociali, comprese quelle di tipo non contributivo, ritenendole qualificabili come Diritti patrimoniali e come tali direttamente tutelate dall'art. 1 del Protocollo n. 1.

Attraverso questa "originale" interpretazione, è stata così assicurata piena tutela anche con riguardo all'accesso degli stranieri a tali prestazioni, mediante l'applicazione del principio di non discriminazione in base alla nazionalità, di cui all'art. 14 della Convenzione stessa.

La normativa comunitaria di sicurezza sociale è stata continuamente modificata ed aggiornata, nel corso del tempo, principalmente su impulso della Corte di Giustizia, che ha avuto un ruolo essenziale nell'ampliarne il raggio di tutela. Il Regolamento 1408/1971, sebbene abrogato e sostituito dal nuovo Regolamento 883/2004 (8), continua ad avere efficacia e ad essere

(8) V. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:02004R0883-20130108>.

applicato anche nei confronti dei cittadini non comunitari, cui la normativa sul coordinamento è stata estesa ad opera del Regolamento 859/2003 (9).

Ne consegue un quadro normativo comunitario frammentario e disordinato, che di seguito si cercherà di analizzare almeno nelle sue accezioni principali, ponendosi l'accento sulle istanze di tutela che sono alla base dei cambiamenti e ripercorrendo le tappe essenziali dell'estensione dell'ambito di applicazione oggettivo e soggettivo della normativa.

Si ricostruisce in questo modo il passaggio da una *logica mercantile*, alla base della versione originaria del regolamento che intendeva tutelare il mercato comunitario nonché la libera circolazione della mano d'opera, ad una logica di cittadinanza che ha come soggetto di riferimento non più il lavoratore che si sposta all'interno dell'Unione ma il cittadino comunitario, al quale viene riconosciuta una protezione sociale più ampia che giunge oltre le prestazioni strettamente connesse al rapporto di lavoro.

Così la previsione di un principio di parità di trattamento previdenziale e delle condizioni di lavoro, risponde altresì all'esigenza di salvaguardare il rispetto del principio della concorrenza nel mercato del lavoro comunitario: imponendo cioè al datore di lavoro gli stessi oneri previdenziali per tutti i lavoratori, si tende ad impedire che l'immissione della mano d'opera straniera nel mercato del lavoro nazionale possa dare luogo a fenomeni di *dumping* sociale ed una corsa al ribasso delle tutele sociali e delle condizioni di lavoro.

L'obiettivo della disciplina dell'Ordinamento è quello cioè di consentire ai lavoratori in mobilità di continuare a godere delle varie prestazioni in qualunque Stato membro si trovino a risiedere od a lavorare.

Per realizzarle s'impone la c.d. denazionalizzazione della Legge regolatrice del rapporto previdenziale, principio in forza del quale ogni Stato membro deve attribuire rilevanza a fatti e circostanze, maturati sotto la Legislazione di altri Stati membri, ai fini dell'accesso e del calcolo delle prestazioni; con l'intento di predisporre una tutela sociale transnazionale e rimuovere gli ostacoli che il principio di territorialità porrebbe altrimenti in concreto alla libertà di circolazione dei lavoratori.

Il regolamento individua infatti ulteriori principi generali di cui lo Stato competente deve tener conto nello stabilire se il lavoratore migrante ha Diritto alle prestazioni:

a) Parità di trattamento: comporta il divieto di ogni discriminazione tra i lavoratori esteri migranti ed i lavoratori cittadini dello Stato membro ospitante. Riguarda non solo le contribuzioni e le prestazioni, ma ricom-

(9) V. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/juri=CELEX:32003R0859>.

prende tutti gli aspetti del rapporto previdenziale, così com'è chiaramente enunciato all'art. 3 del Regolamento 1408/1971, dove si legge che « *le persone che risiedono nel territorio di uno degli Stati membri sono soggette agli obblighi e sono ammesse al beneficio della Legislazione di ciascuno Stato membro alle stesse condizioni dei cittadini di tale Stato* ».

b) Unicità della Legislazione applicabile: prevede l'assoggettamento del lavoratore che trasferisca la propria residenza o il luogo di lavoro ad una sola gestione previdenziale o regime di sicurezza sociale per ciascun periodo di occupazione e di assicurazione. Il criterio utilizzato in via generale per individuare la Legislazione applicabile è quello della *lex loci laboris*, cioè la Legge applicabile sarà quella dello Stato in cui il lavoratore esercita la propria attività lavorativa.

c) Principio di totalizzazione dei periodi contributivi: viene in rilievo per tutte quelle situazioni in cui il Diritto alla prestazione matura soltanto dopo che il lavoratore sia stato assicurato o abbia lavorato per un determinato periodo di tempo (ad es. prestazioni di vecchiaia o di disoccupazione). Mira a garantire la conservazione delle aspettative e dei Diritti maturati dal singolo lavoratore nei vari sistemi previdenziali nazionali coinvolti durante la sua carriera lavorativa. In forza di tale principio lo Stato membro competente deve tener conto dei periodi di assicurazione e contribuzione maturati sotto la Legislazione di un altro Stato membro, nel decidere se il lavoratore possiede i requisiti richiesti dalla Legislazione nazionale per l'accesso ad un certo tipo di prestazione. Pertanto, i periodi di assicurazione compiuti sotto la Legislazione di più Stati membri sono cumulati ai fini dell'acquisizione, mantenimento o recupero del Diritto alle prestazioni.

d) Divieto di cumulo delle prestazioni: mira ad evitare che il lavoratore (che eserciti il Diritto alla libera circolazione) consegua indebiti vantaggi. Si stabilisce che il lavoratore, il quale abbia versato i contributi a regimi di sicurezza sociale in due o più Stati membri per lo stesso periodo di assicurazione, non ha Diritto a beneficiare di più prestazioni della stessa natura riferendosi ad uno stesso periodo di assicurazione obbligatoria.

e) Principio di esportabilità delle prestazioni: implica che le prestazioni sociali possono essere erogate ovunque nell'Unione. L'art. 10 del Regolamento 1408/1971 stabilisce che « *salvo quanto diversamente disposto, le prestazioni in denaro acquisite in base alla Legislazione di uno o più Stati membri, non possono subire alcuna riduzione, né modifica, né sospensione, né soppressione, né confisca per il fatto che il beneficiario risiede nel territorio di uno Stato membro diverso da quello nel quale si trova l'istituzione debitrice* ».

L'art. 2 stabilisce inoltre che il regolamento si applica « *ai lavoratori che sono o sono stati soggetti alla Legislazione di uno o più Stati membri e che sono*

Il volume, senza tralasciare gli elementi scientifici, è volto ad approfondire con taglio eminentemente pratico i differenti aspetti giuridici delle disabilità delle quali propone una sintesi storica ragionata per giungere ad un esame normativo sistematico sia di Diritto interno, sia di Diritto Comparato con particolare attenzione alle principali espressioni della Legislazione anglo-americana e dei maggiori Diritti continentali, procedendo altresì alla disamina fattuale delle più rilevanti e diffuse patologie che costituiscono il complemento dell'argomento, sotto il profilo metagiuridico.

Ponendosi quale lettura critica delle più rilevanti esperienze estere, sia di *Civil Law* che di *Common Law*, valuta inoltre i diversi Istituti giuridici in una visione comparata col Diritto interno, fornendone una lettura ragionata per giungere, dopo attenta verifica, ad evidenziarne le molteplici potenzialità, compresa la Legge sul "Dopo di noi".

Si sofferma, infine, ad approfondire in particolare l'Istituto del Trust, forse il più adatto per intervenire in supporto alle svariate e variegate posizioni di svantaggio, offrendo così una proposta operativa aperta anche a concrete prospettive innovative future.

Francesco P. Olivieri, Diplomatico, Ministro Consigliere presso il Consiglio d'Europa a Strasburgo, ha ricoperto in precedenza per molti anni la carica di Console del Gran Ducato del Lussemburgo.

Avvocato di Diritto Internazionale, Arbitro presso la I.C.C. di Parigi ed i maggiori Organismi arbitrali, ha patrocinato alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea nonché in vari Tribunali Internazionali.

Professore a contratto di Diritto Commerciale all'Università di Firenze, è autore di numerose pubblicazioni tra cui, sempre per i tipi della Giuffrè Francis Lefebvre, *Il Trust: manuale tecnico operativo*, aggiornato alla V Direttiva antiriciclaggio.

€ 35,00

024206185

ISBN 978-88-28-81368-2

