

# LA DISABILITA' NELLE FONTI INTERNAZIONALI

## DISABILITY IN INTERNATIONAL SOURCES

Gianni Loy<sup>1</sup>

**SOMMARIO:** 1. La disabilità: una storia tragica nascosta nell'inconscio collettivo; 2. La palingenesi nei più recenti orientamenti legislativi: una tardiva riparazione? 3. La non omogenea nozione di disabilità nelle fonti internazionali; 4. Ma serve veramente una nozione rigida di disabilità? 5. Posto che tutti, in una certa misura, possiamo essere considerati dei disabili; 6. Ma, quindi, le persone affette da minorazioni esistono in quanto categoria? 7. La problematica distinzione tra discriminazione diretta e discriminazione indiretta; 8. Le cause di giustificazione e le deroghe; 9. Il diverso trattamento riservato ai disabili non costituisce discriminazione positiva ma è espressione del principio di uguaglianza; 10. Rimane da capire quando si possa ritenere che le cause di giustificazione siano ragionevoli; 11. Interpretazioni ed omissioni del legislatore italiano; 12. Ma le azioni volte a garantire l'uguaglianza dei lavoratori disabili non si limitano alla disciplina antidiscriminatoria.

**SUMMARY:** 1. Disability: a tragic story hidden in the collective unconscious; 2. The palingenesis in the most recent legislative guidelines: a delayed repair? 3. The non-homogeneous notion of disability in international sources; 4. But does a strict notion of disability really help? 5. Given that all, to some extent, we can be considered disabled; 6. But, then, do people with disabilities exist as a category? 7. The problematic distinction between direct discrimination and indirect discrimination; 8. The reasons for justification and the exceptions; 9. The different treatment reserved for disabled people does not constitute positive discrimination but is an expression of the principle of equality; 10. It remains to be seen when the reasons for justification can be considered to be reasonable; 11. Interpretations and omissions of the Italian legislator; 12. But actions to guarantee the equality of disabled workers are not limited to anti-discrimination.

### 1 LA DISABILITÀ: UNA STORIA TRAGICA NASCOSTA NELL'INCONSCIO COLLETTIVO

Ho creduto, un tempo, che i peggiori misfatti della storia appartenessero al passato, che la coscienza comune dovesse progressivamente liberarci, seppure con fatica, dei atroci crimini che l'uomo è stato capace di compiere. Ho creduto che nessuno sarebbe più stato capace di opprimere un suo simile, che i valori delle rivolte della seconda metà del secolo scorso, dal Concilio Vaticano II alla rivoluzione femminista, avrebbero contribuito all'affermarsi di società fondate sull'uguaglianza e sul rispetto della persona. Per tanto, probabilmente, ho provato sconcerto nel ri-prendere coscienza di quanto sia recente nel cuore d'Europa, altorché attuale in altre parti del mondo, la storia della spietata e cinica violenza su quelle persone che, per

---

Artigo recebido em 27/03/2018.

Artigo aprovado em 06/06/2018.

<sup>1</sup> Professor Titular da Università di Cagliari, Itália.

RDRST, Brasília, Volume 4, n. 1, 2018, p. \_\_ - \_\_, jan-abr/2018



deficienza fisica o mentale, non possiedono strumenti sufficienti per non soccombere di fronte agli ostacoli materiali e spirituali imposti dalle regole, scritte o non scritte, delle nostre società.

L'idea che i neonati deformati o storpi venissero condannati a morte per esposizione sul monte Taigete, in ossequio alla tradizione militaristica di Sparta ed ai miti della bellezza e della forza calati dall'Olimpo, non ha mai destato in me particolare impressione, perché la ritenevo una barbarie destinata non a ripetersi e confinata in un'epoca che non conosceva i valori che (crediamo) definitivamente conquistati dalla civiltà "moderna". Sgomento provoca, invece, l'apprendere solo ora, grazie ad alcune letture connesse con la preparazione di questo saggio, che la sterilizzazione coattiva di handicappati, malati mentali e associati, cioè di persone socialmente emarginate, è rimasta in vigore in alcuni paesi europei sino all'ultimo scorcio del secolo scorso. In Svezia la legge che consentiva la sterilizzazione forzata ha operato sino al 1976 ed ha portato alla sterilizzazione, a partire dal 1935, di circa 230.000 persone (Tarditi R. 2007). Solo a partire dal 1976 è stato reso obbligatorio il consenso degli interessati e la legge ha fatto pubblica ammissione del misfatto riconoscendo il diritto ad un risarcimento economico alle vittime di tali barbarie. Forse in ossequio al fatto che, proprio nel 1976, l'Assemblea generale delle Nazioni Unite, con risoluzione 31/123 del 16 dicembre, aveva proclamato il 1981 quale "Anno internazionale delle persone handicappate". Nel 1976, la Comunità europea procedeva già a passo spedito, le rivoluzioni culturali della fine degli anni 60 erano già compiute, ed i principali organismi internazionali avevano già dettato i primi documenti di riconoscimento dei diritti delle persone handicappate<sup>2</sup>.

Della eliminazione, nelle camere a gas, di 70.000 persone adulte portatrici di *handicap* e di almeno 275.000 malati mentali, solo in Germania, tra il 1939 ed il 1947, nell'ambito del programma di eutanasia "Aktion T4", si è saputo molto più tardi: l'opinione pubblica è rimasta a lungo indirizzata e turbata dallo sterminio degli ebrei; delle "collaterali" eliminazioni, di handicappati, rom, omosessuali, si è incominciato parlare solo negli ultimi decenni.

Le politiche di eliminazione degli handicappati, come di altre categorie per alcuni versi assimilabili, non sono tuttavia ascrivibili ad un feroce dittatore di passaggio, esse sono state alimentate e preparate da più generali orientamenti culturali, che pretendevano di appartenere alla scienza, affermatasi a partire dall'ultimo scorcio dell'800 negli Stati Uniti e poi diffusisi in Europa. La prima legge che prevedeva la sterilizzazione di malati mentali, altroché di delinquenti recidivi, è stata approvata nel 1907 dallo Stato dell'Indiana e nel 1931, quando il movimento di

---

<sup>2</sup> Declaration on the rights of mentally Retarded Persons (1971), approvata dall'Assemblea generale dell'ONU on Risoluzione 2856 del 20 dicembre 1971. Declaration on the rights of Disabled Persons, approvata con Risoluzione dell'Assemblea generale dell'ONU 3447 del 9 dicembre 1975.

eugenetica incominciava a diffondersi in Europa, erano già 31 gli Stati dell'Unione che avevano approvato leggi sulla sterilizzazione. "Non è un caso probabilmente che, dopo l'avvento dei nazisti, nel 1933, i funzionari tedeschi ospitarono regolarmente eugenisti americani per scambiare opinioni in merito" (Tarditi R. 2007). Così che politiche selettive, che includevano handicappati o malati mentali tra le persone da sterilizzare coattivamente, sono state attuate da diversi paesi europei come la Norvegia, la Finlandia, la Svizzera (sino al 1970!). Anche la scienza italiana, ha dato il suo contributo, grazie al contributo di Lombroso, che inseriva alcuni gruppi di persone con disabilità tra quelli fatalmente portati alla criminalità e considerava l'epilessia un probabile indizio di tendenza delinquenziale.

Una cultura che ha attraversato quasi tutto il secolo XX, in definitiva, si ricollegava idealmente al modello della Repubblica utopica di Platone che pretendeva che i bambini privi delle qualità ottimali non venissero curati ed allevati. Un ricorso storico che pretendeva di selezionare le buone razze mediante la selezione dei migliori.

Anche fuori dagli atti criminali, le disabilità e gli *handicap* di ogni tipo hanno quasi sempre comportato fenomeni di emarginazione, seppure con qualche eccezione: i mutilati di guerra, sin dal tempo dei romani, hanno ricevuto un trattamento più favorevole in segno di riconoscimento del sacrificio per la patria; gli *handicap* di Omero, di Tiresia, oracolo di Apollo o quello di Efesto, dio del fuoco, erano considerati un segno della predilezione divina; in alcune culture, al malato mentale venivano riconosciuti poteri sovranaturali. Ma si è trattato di casi isolati, come quello degli storpi che trovavano albergo come giullari nelle corti o nei circhi.

Non a caso, le società hanno incominciato ad occuparsi tardi delle disabilità di ogni tipo e quasi esclusivamente sotto il profilo assistenziale.

Anche in epoca moderna, secondo il modello dell'età antica, è stato il sentimento di riconoscenza nei confronti dei reduci mutilati delle guerre a suggerire le prime iniziative legislative volte al recupero lavorativo degli invalidi, in Italia con la legge 21 agosto 1921, n. 1312.

Il crescente interesse delle legislazioni nazionali ed internazionali ha continuato ad avere un carattere prevalentemente assistenziale. Non di rado, il lavoro stesso, attraverso le esperienze di laboratori protetti, variamente disciplinate dalle legislazioni nazionali, ha costituito solo una finzione, una rappresentazione della vera essenza del lavoro quale manifestazione di partecipazione alla vita sociale. Forse perché si reputava che chi non fosse in grado di offrire al sistema sociale una completa capacità lavorativa non potesse neppure partecipare a pieno titolo

ai riti di quella società. Quindi, benevolmente, poteva essere assistito, talora mantenuto a carico della collettività, ma non riconosciuto “uguale”.

Il diritto del lavoro, peraltro, è stato storicamente costruito sullo stereotipo della persona non solo dotata della piena capacità lavorativa, ma anche della forza fisica, a misura del maschio adulto fornito di “sana e robusta” costituzione, che teneva ai margini, pur utilizzandole nei momenti del bisogno e riconoscendo loro diritti “affievoliti”, anche le mezze forze costituite da donne e minori.

Le persone colpite da disabilità venivano all’ultimo posto, ed anche quando hanno cominciato a beneficiare di normative, prevalentemente vincolistiche, che consentivano loro l’ingresso nel mondo del lavoro “vero”, non di rado il loro apporto è stato considerato un costo sociale piuttosto che un contributo alla comunità. In mancanza di un apporto paritario con gli altri soggetti della comunità, la loro esclusione da un parte dei diritti agli altri riconosciuti è parsa persino giusta e giustificata: essi, infatti, riceverebbero dalla società più di quanto ad essa non diano.

Immaginando una serie di cerchi concentrici costruiti attorno al nucleo forte del lavoratore tipo, può apparire persino naturale che il diritto del lavoro abbia incominciato a recuperare dapprima le periferie più vicine, le donne ed i minori, per garantire loro prima protezione e, successivamente, uguaglianza.

Il tempo dei disabili è arrivato molto più tardi. Le convenzioni internazionali che si occupano di loro sono tra le più recenti e, nell’ambito della disciplina antidiscriminatoria, si può dire che l’*handicap*, come del resto l’età, siano appena entrate far parte dei fattori di discriminazione.

## **2 LA PALINGENESI NEI PIÙ RECENTI ORIENTAMENTI LEGISLATIVI: UNA TARDIVA RIPARAZIONE?**

Con la direttiva europea n. 2000/78 e con la Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità del dicembre 2006, il lungo passato di emarginazione ed esclusione delle persone con disabilità sembra essere stato definitivamente cancellato. Lo è stato, sicuramente, non solo nella pura enunciazione dei diritti, peraltro rintracciabile anche in altre fonti di carattere generale o, esplicitamente o implicitamente, in quasi tutte le moderne Costituzioni, ma anche quanto alle tecniche ed ai mezzi da impiegare per la garanzia di tali diritti. L’effettività, certo, è altra cosa, è un cruccio del Diritto del Lavoro di carattere ben più generale. Tuttavia, la svolta legislativa, che

attraverso questi due documenti passa da una concezione prevalentemente assistenziale ad una questione di uguaglianza, merita di esser sottolineata. Le disposizioni della nuova legislazione europea, come del resto della più recente Convenzione ONU, “pongono al centro dell’intervento normativo la tutela dell’uguale dignità di tutti gli esseri umani” (Barbera M, 2007b, 79).

Si tratta, in definitiva, di un completo rovesciamento della tradizionale prospettiva dei legislatori precedenti. Il punto di partenza non è più la disabilità, a partire dalla quale individuare soluzioni idonee a risolvere i problemi che tale stato comporta. Il punto di partenza, al contrario, è costituito dal pieno riconoscimento della dignità delle persone e del patrimonio di diritti “uguali ed inalienabili” (*Conv. ONU 2006, Preambolo, lett. a*) ad esse attribuite. La disabilità, come del resto altri fattori, implica evidentemente una differenza, ma tale differenza non può comportare alcuna menomazione dei diritti e della dignità della persona. La risposta dell’ordinamento, di conseguenza, non è più in chiave di “diritto diseguale”, bensì in termini di divieto di discriminazione sia diretta che indiretta (Barbera M. 2007b, 81).

Anche nel campo dell’invalidità, in altri termini, l’obiettivo non è quello di eliminare la differenza, bensì quello di consentire che la differenza non pregiudichi la persona e, possibilmente, le consenta di meglio realizzarsi e di meglio offrire il proprio apporto alla comunità di cui fa parte.

L’attenzione che la Convenzione ONU del 2006 riserva alle persone con disabilità, coerentemente con tale impostazione, è quello di “promuovere, proteggere ed assicurare il pieno ed uguale godimento di tutti i diritti umani e di tutte le libertà fondamentali”, cioè far sì che la disabilità non costituisca ostacolo per il godimento di tali diritti. Posto che le persone disabili possiedono una “intrinseca dignità” (*Conv. ONU 2006, art. 1*), inoltre, il proposito della Convenzione è quello di “promuovere il rispetto” di tale loro dignità. Il bene protetto, in altri termini, è quello generale dell’uguaglianza di dignità e di diritti di tutte le persone umane. Affermarlo solennemente significa, implicitamente, una presa di coscienza del fatto che, storicamente e nell’attualità, le persone disabili sono facilmente escluse dall’effettivo esercizio di tali diritti e la loro dignità non è riconosciuta. Il prevalente strumento indicato dalla Convenzione ONU, in coerenza con quanto già stabilito dalla Direttiva europea del 2000, è quello di “eliminare la discriminazione sulla base della disabilità da parte di ogni persona, organizzazione o impresa privata”(*Conv. ONU 2006, art. 4, lett. b*) e, nello specifico, impegna gli Stati a “modificare o abrogare qualsiasi legge esistente, regolamento uso e pratica che costituisca discriminazione nei confronti di persone con disabilità” (*Conv. ONU 2006, art. 4,lett. e*).

Le affermazioni di principio contenute nei più recenti documenti internazionali rivestono una eccezionale importanza, anche simbolica, in quanto completano il cammino di adeguamento della disciplina giuridica internazionale ai valori fondamentali di uguaglianza enunciati, ma non sufficientemente protetti, in relazione alle persone con disabilità. Essi contengono, altresì, l'indicazione di strumenti teoricamente idonei a consentire che i diritti riconosciuti possano trovare applicazione. Si tratta, tuttavia, di disposizioni di carattere generale, che in larga parte richiedono una trasposizione da parte dei legislatori nazionali e che, in ogni caso, appartengono ad una tecnica legislativa di tipo aperto che lascia ampio spazio alle interpretazioni e, almeno per quanto riguarda la normativa comunitaria, è destinata ad essere completata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia europea.

Si possono, sin d'ora, evidenziare gli elementi fondamentali e la loro eventuale criticità, a partire dalla nozione stessa di persona disabile, per poi esaminare le tecniche antidiscriminatorie, le eccezioni al principio generale consentite dalla normativa comunitaria, i meccanismi di recepimento delle norme comunitarie ed internazionali e, infine, le politiche degli Stati.

### **3 LA NON OMOGENEA NOZIONE DI DISABILITÀ NELLE FONTI INTERNAZIONALI.**

Non è agevole stabilire quando una persona debba essere considerata disabile e, conseguentemente, includerla tra i destinatari delle relative discipline. Se si prendono in considerazione i tre organismi sopranazionali che hanno stabilito norme in relazione alla disabilità, l'Il, l'Unione europea e l'ONU, ci si trova in presenza di nozioni affatto differenti: L'OIL, nella Convenzione 159 del 1983, peraltro non ratificata dall'Italia, offre una definizione particolarmente restrittiva, in quanto include tra i destinatari della convenzione solo le persone affette da una menomazione di ordine fisico o mentale, il cui *handicap* sia stato formalmente riconosciuto e, in più, richiede che la difficoltà di tali persone nel mercato del lavoro risulti di notevole entità. Si tratta di tre elementi (*handicap*, formale riconoscimento, notevole entità) che, in realtà, costituiscono tre progressivi criteri di esclusione dal novero dei soggetti destinatari delle misure contenute nella Convenzione; misure che, peraltro, sono limitate all'impegno degli Stati ad adottare misure volte al reinserimento professionale ed all'occupazione delle persone disabili. La Convenzione ONU del 2006 include tra le persone con disabilità "quantità hanno minorazioni fisiche, mentali, intellettuali o sensoriali a lungo termine che, in interazione con varie barriere possono impedire la loro piena ed effettiva partecipazione nella società su una base

di eguaglianza con gli altri”( *Conv. ONU 2006*, art. 1). Si tratta di una definizione, assai più ampia, che non richiede alcun riconoscimento formale di appartenenza ad una categoria (e quindi esclude possibili fenomeni di ghettizzazione) e che consente di apprezzare il fatto che le “minorazioni”, intese quali possibili differenze, non necessariamente implicano l’insorgere della difficoltà, cioè dell’*handicap*. L’*handicap* si produce solo quando le minorazioni, non in quanto tali ma in relazione alle condizioni esterne, impediscono alla persona di vivere l’esperienza sociale in condizioni di uguaglianza. Si apprezza, in tale definizione, anche l’assenza di qualsivoglia elemento di tipo quantitativo: posto che l’uguaglianza dovrà essere “piena”, anche la minima difficoltà rientra tra quelle che la Convenzione si propone di eliminare. Tale definizione ricalca il più recente orientamento dell’Organizzazione Mondiale della Sanità che, abbandonando la precedente terminologia<sup>3</sup>, fa riferimento alle *Attività personali* in luogo della *Disabilità*, ed alla *Partecipazione sociale* in luogo dell’*Handicap*<sup>4</sup>. L’innovazione consiste, essenzialmente, nel fatto che la “disabilità” non è più una condizione (limitazione) inerente all’individuo, bensì al rapporto tra l’individuo e l’ambiente esterno, ciò che dovrebbe rendere infruttuoso ogni tentativo di considerare la disabilità quale caratteristica insita nella persona.

La Direttiva europea n. 200/78, infine, non offre alcuna definizione di persona disabile o di *handicap* e, pertanto, nonostante dal suo contenuto possano trarsi elementi utili ai fini di una definizione, la nozione di persona con disabilità, nell’ambito del Diritto comunitario, seppure ve ne fosse bisogno, attende di essere costruita.

#### **4 MA SERVE VERAMENTE UNA NOZIONE RIGIDA DI DISABILITÀ?**

Sulla base di tali premesse, tuttavia, si pongono questioni di non semplice soluzione relative proprio all’ambito di applicazione della normativa comunitaria di carattere antidiscriminatorio e, in prospettiva, della Convenzione ONU.

Prima di tutto, occorre stabilire se, alla luce delle più recenti formulazioni, sia ancora utile la ricerca di una definizione fondata sulle caratteristiche delle persone. È tempo di prendere atto, definitivamente, dell’inadeguatezza dei modelli elaborati dalla scienza medica in termini di

---

<sup>3</sup> OMS, *Classificazione Internazionale delle Menomazioni, delle Disabilità e degli Svantaggi esistenziali (ICIDH)*, 1980. Tale classificazione definiva menomazione: qualsiasi anomalia permanente, anatomica o psicologica - esterizzazione; disabilità qualsiasi limitazione o perdita della capacità di compere attività di base considerate normali per un essere umano - oggettivazione; handicap: qualunque condizione di svantaggio che impedisce al soggetto l’adempimento (totale o parziale) di un ruolo sociale considerato “normale” in relazione ad età sesso, contesto socio-culturale - socializzazione.

<sup>4</sup> OMS, *Classificazione Internazionale delle Menomazioni, delle Attività personali (ex-Disabilità) e della Partecipazione sociale (ex handicap o svantaggio esistenziale, (ICIDH-2)*, 1999.

salute, malattia o disabilità, all'ambito sociale ed a quello del lavoro in particolare. Salute e malattia, come intesi dalla scienza medica, sono pressoché privi di significato nell'ambito del lavoro, posto che per poter accedere ad una occupazione, conservare il posto del lavoro o espletare le prestazioni connesse all'obbligo contrattuale, non è affatto necessario né essere sani né privi di malattia. Per poter stipulare un valido rapporto di lavoro occorre semplicemente che l'oggetto della prestazione sia possibile e che, di conseguenza, il soggetto possieda la capacità psico-fisica necessaria all'adempimento in misura "normale". Si tratta, pertanto, di capacità, o di idoneità, allo svolgimento delle mansioni richieste e, in nessun caso, di salute o di assenza di malattia. L'unico caso in cui la malattia può aver rilievo in quanto tale, senza cioè provocare una riduzione della capacità di lavoro, è stabilita, tassativamente, nel caso di patologie infettive o di altre patologie che possano arrecare pregiudizio alla salute pubblica o dei compagni di lavoro.

Il discorso relativo alla disabilità è strettamente conseguente. Per il Diritto del Lavoro non esistono persone di per sé disabili, per il semplice fatto che nella relazione contrattuale tutti i soggetti vengono presi in considerazione solo una volta definite le mansioni che dovranno svolgere. Solo in tale momento si potrà verificare se le persone destinate allo svolgimento di tale attività possano o non possano, cioè siano o non siano capaci di, svolgere tali mansioni secondo un criterio di normalità.

Quella che comunemente viene definita disabilità, e che nel linguaggio comune indica l'incapacità o la maggior difficoltà allo svolgimento di azioni della vita quotidiana, nell'ambito del Diritto del Lavoro altro non è che una caratteristica soggettiva di determinate persone che fa semplicemente presumere una loro possibile inidoneità allo svolgimento di determinate mansioni. E' un attributo della persona che, analogamente alla qualifica, intesa in senso soggettivo secondo l'insegnamento di Gino Giungi, si può spendere nel mercato del lavoro in quanto indica potenzialità dell'individuo (proprio come la qualifica professionale), ma che è del tutto irrilevante una volta individuate le mansioni da svolgere, perché a partire da tale momento saranno queste a costituire il parametro della capacità. La capacità, in definitiva, dovrà essere stabilita sulla base "oggettiva" della prestazione richiesta.

Così come, in materia di professionalità, ciò che conta non è la qualifica soggettiva ma quella oggettiva, analogamente, nel campo della disabilità, ciò che conta non è la abilità soggettiva bensì quella oggettiva. E' del tutto evidente che una persona al quale sia anche formalmente riconosciuto dall'ordinamento un elevato grado di invalidità o di inabilità (ai nostri effetti la distinzione tra le due ipotesi adottata in ambito previdenziale ed assistenziale è irrilevante) laddove venga assunta per lo svolgimento di mansioni che sia in grado di espletare in

misura normale non può essere considerato come un disabile che lavora ma, semplicemente, una persona idonea allo svolgimento delle mansioni per le quali sia stata assunta.

Il riconoscimento di una disabilità, in senso soggettivo, ovviamente, può esser rilevante nell'ambito del mercato del lavoro, perché consente di prevedere, sulla base delle caratteristiche soggettive, cioè della menomazione, secondo la classificazione dell'OMS, quali mansioni un soggetto sarà probabilmente in grado di svolgere normalmente, quali non potrà svolgere e quali potrà eventualmente svolgere in misura inferiore al criterio di normalità così come comunemente inteso.

Ma, anche in questo caso, si tratta di una approssimazione di carattere generale. La capacità del soggetto affetto da una menomazione di poter svolgere determinate mansioni, infatti, dipende solo in parte dalle sue caratteristiche soggettive, cioè dalle condizioni psico-fisiche: la sua idoneità finale, il più delle volte, è determinata dalla somma delle sue caratteristiche fisiche e dagli strumenti correttivi, cioè dalle protesi, intese in senso ampio, che, integrando la capacità "naturale" di ciascuno, gli consentano di svolgere una determinata attività lavorativa e, in senso più ampio, di partecipare paritariamente alla vita sociale.

## **5 POSTO CHE TUTTI, IN UNA CERTA MISURA, POSSIAMO ESSERE CONSIDERATI DEI DISABILI.**

Non so se abbiamo mai riflettuto abbastanza sul fatto che, sotto il profilo soggettivo, la disabilità è una caratteristica affatto comune, cioè che siamo quasi tutti diffusamente disabili. Un deficit visivo che renda difficile la lettura, ad esempio, costituisce una menomazione assai diffusa tra la popolazione, una menomazione che determina incapacità di svolgere un grande numero di prestazioni o di atti della vita quotidiana laddove non possa essere, o non venga, corretta mediante protesi. La perdita o la rottura accidentale della protesi, pertanto, ci rende nuovamente disabili sino a quando non potremo disporre di un altro paio di lenti idonee alla correzione della disabilità. Ma se l'esempio degli occhiali, come di un apparecchio acustico, di un busto, di un calzare ortopedico e di tante altre piccole cose che ci fanno dimenticare le nostre piccole disabilità può apparire banale, via via che il tipo di protesi sia più complicato e costoso, o che l'adattamento riguardi strutture fisiche, o che la disabilità originaria possa esser corretta solo a seguito di lunghi processi riabilitativi o formativi, si osserva come si prospettino differenze tra le stesse persone affette dalla stessa menomazione che, non di rado, possono presentarsi al mercato del lavoro ed alla società con un differente grado di abilità (nell'accezione di quello comprensivo

delle correzioni) semplicemente a seconda delle disponibilità economiche. Non a caso, tra gli impegni che assumeranno gli Stati con la ratifica della Convenzione ONU, è incluso quello di “intraprendere o promuovere la ricerca e lo sviluppo di beni e servizi, apparecchiature e attrezzature progettati universalmente, le quali dovrebbero richiedere il minore adattamento possibile ed il minore costo più basso per venire incontro alle esigenze specifiche delle persone con disabilità e promuovere la loro disponibilità ed uso” (Conv. ONU 2006, art. 4, lett. f).

Sulla base di quanto detto, si può concludere nel senso della impossibilità di pervenire ad una definizione onnicomprensiva di disabilità e, pertanto, di formulare una definizione del gruppo destinatario della protezione offerta dalla legislazione internazionale di cui discorriamo. Definizioni parziali, relative a particolari normative, ma non certamente al diritto antidiscriminatorio, saranno, ovviamente, possibili e necessarie in relazione a particolari fattispecie, come per l'individuazione dei soggetti destinatari di assunzione obbligatoria o di misure formative o riabilitative.

La prima giurisprudenza della Comunità Europea, dal canto suo, si è mossa esattamente nella direzione opposta a quanto qui prospettato, laddove afferma che “occorre, in primo luogo, interpretare la nozione di *handicap* di cui alla direttiva 2000/78 e, in secondo luogo, esaminare entro quali limiti i disabili sono tutelati da quest'ultima...”<sup>5</sup>. In sostanza, secondo la Corte, si tratterebbe di definire il gruppo di persone destinatarie della tutela sulla base del grado di disabilità posseduto. Posto che la stessa direttiva non contempla alcun rinvio agli Stati membri per la definizione della nozione, tale giurisprudenza afferma, quindi, che occorre pervenire ad “una interpretazione autonoma e uniforme” della definizione di *handicap*, da poter spendere in tutto lo spazio comunitario, e si accinge alla costruzione di tale definizione, affermando che la nozione di *handicap* “va intesa come un limite che deriva, in particolare, da minorazioni fisiche, mentali o psichiche e che ostacola la partecipazione della persona considerata alla vita professionale”<sup>6</sup>. La Corte, come si vede, sottolinea prima di tutto il rilievo della caratteristiche psicofisiche dell'individuo e, in secondo luogo, prospetta una valutazione “quantitativa” dell'*handicap* per poter dar luogo all'inclusione dei soggetti nel gruppo delle persone protette dalla direttiva: “perché una limitazione possa rientrare nella nozione di *handicap* – afferma, ad esempio, la Corte – deve quindi esser probabile che essa sia di lunga durata”<sup>7</sup>. Tale indicazione è determinante nella causa Chacón Navas perché la Corte era chiamata a stabilire se una malattia di lunga durata, che aveva dato luogo ad un licenziamento, possa essere considerata come un

---

<sup>5</sup> Corte di Giustizia delle Comunità europee, causa Chacón Navas, C-13/05, del 11 luglio 2006, p. 38.

<sup>6</sup> Ivi, p. 43.

<sup>7</sup> Ivi, p. 45.

motivo che si aggiunge a quelli in base ai quali è vietata dalla direttiva 2000/78 qualsiasi discriminazione.

La Corte, relativamente a tale fattispecie, afferma che la causa di malattia “non rientra nel quadro generale per la lotta contro la discriminazione fondata sull’*handicap*”. In tal modo, ridimensiona i possibili sviluppi della sentenza Mangold, che aveva riconosciuto al divieto generale di discriminazione la caratteristica di diritto fondamentale, di quei diritti, per intenderci, che costituiscono parte integrante dei principi generali del diritto comunitario<sup>8</sup>, ribadendo che l’ambito di applicazione della direttiva del 2000 non può essere esteso, per analogia, al di là dei motivi elencati tassativamente nell’art. 1 della direttiva stessa. La sentenza Chacón Navas, soprattutto, apre la strada ad una interpretazione restrittiva del concetto di *handicap* che sembra mossa dal timore che possa prevalere una interpretazione aperta ed indefinita di tale nozione. Tale preoccupazione appare in maniera più esplicita nelle conclusioni presentate dall’Avvocato generale. Egli, infatti, esplicitamente afferma che debba tenersi conto dei costi economici che gli Stati potrebbero esser chiamati a sostenere per l’applicazione dei divieti di discriminazione e, pertanto, che il legislatore debba sempre “operare scelte dolorose, se non tragiche, ponderando gli interessi in gioco, quali i diritti dei disabili o dei lavoratori anziani rispetto ad un flessibile funzionamento del mercato del lavoro...”<sup>9</sup>. Ciò che ne viene fuori è una definizione nient’affatto coerente con la nuova cultura recepita dai legislatori internazionali. Una nozione caratteristica, semmai, di una concezione vecchia e superata: “i disabili sono persone con gravi limitazioni funzionali (*handicap*) derivanti da difetti fisici, mentali psichici”<sup>10</sup>.

In conclusione: la decisione della Corte di non equiparare la malattia all’*handicap* può essere condivisa, in linea di principio, sulla base di una interpretazione strettamente letterale, peraltro conforme alla definizione della Convenzione ONU che, esplicitamente, fa riferimento a minorazioni “a lungo termine”(Conv. ONU 2006, art. 1). Ciò anche in considerazione del fatto che la malattia è direttamente protetta, in quanto tale, dagli ordinamenti degli Stati membri. Non può sfuggire, tuttavia, la differente tutela accordata nel caso concreto al licenziamento per malattia rispetto al licenziamento discriminatorio. Secondo la normativa spagnola, infatti, il licenziamento per causa di malattia è *improcedente* e dà luogo esclusivamente ad un risarcimento economico, mentre ove fosse riconosciuto come discriminatorio sarebbe invece nullo e darebbe luogo alla reintegrazione. Non può essere condivisa, invece, l’impostazione di fondo, che è quella di elaborare una nozione di appartenenza al gruppo protetto dalla

---

<sup>8</sup> Corte di Giustizia delle comunità Europee, Causa Mangold, C-144/04, del 22 novembre 2005.

<sup>9</sup> Conclusioni dell’Avvocato generale L. A. Geelhoed, presentate il 16 marzo 2006 nella Causa Chacón Navas.

<sup>10</sup> Ivi.

discriminazione. Tale scelta porterebbe, inevitabilmente, ad una significativa riduzione della tutela antidiscriminatoria.

## **6 MA, QUINDI, LE PERSONE AFFETTE DA MINORAZIONI ESISTONO IN QUANTO CATEGORIA?**

La dottrina ha incominciato ad interrogarsi se sia effettivamente necessario pervenire ad una individuazione della categoria dei disabili, individuandoli sotto un profilo soggettivo o se, invece, non occorra guardare alla discriminazione in quanto tale. La migliore dottrina, al proposito, ha posto l'accento sul fatto che si parli "di discriminazione fondata sulla disabilità e non di discriminazione a danno di persone affette da disabilità" (Barbera M. 2007b, 91). Tuttavia, ha finito per concludere nel senso che i due profili (condotta discriminatoria e caratteristiche del gruppo passibile di discriminazioni) siano strettamente connessi e che "nell'accertamento della discriminazione, i giudici si trovano, inevitabilmente, a verificare quali caratteristiche diano titolo al soggetto che agisce in giudizio ad ottenere la tutela prevista dalla legge" (Ivi).

Ed invece, a parer nostro, il giudice, attenendosi strettamente a quanto stabilito dalla norma, dovrà limitarsi a stabilire se il provvedimento adottato nell'ambito delle materie indicate dall'art. 3 della Direttiva sia stato preso "sulla base di un motivo" discriminatorio. Le caratteristiche soggettive della persona potrebbero costituire un elemento di cui tener conto, ma in nessun caso costituire elemento essenziale e definitivo ai fini dell'accertamento della discriminazione. Se la disabilità fosse non evidente e sconosciuta al datore di lavoro, ad esempio, in nessun caso un trattamento meno favorevole (salvo che non sia rilevante sotto altri profili) potrebbe ritenersi fondato su di un motivo discriminatorio. Ma potrebbe presentarsi anche il caso opposto di una persona perfettamente idonea ma ritenuta disabile: "la malattia diabetica priva di complicazioni invalidanti non costituisce motivo ostativo al rilascio del certificato di idoneità fisica ... per l'accesso ai posti di lavoro pubblici e privati, salvo i casi per i quali si richiedano specifici, particolari requisiti attitudinali"<sup>11</sup>. Le persone diabetiche, se non affette da specifiche invalidità, in altri termini, non rientrano tra i soggetti disabili. Ma potrebbe verificarsi che tali persone, come frequentemente avviene soprattutto in fase di assunzione, posto che oltre 1/3 dei datori di lavoro dichiarano apertamente di non assumere un lavoratore per il solo fatto di essere diabetico, vengano discriminate per il fatto di essere affetti da una malattia che, in realtà, non

---

<sup>11</sup> Legge 16 marzo 1987, n. 115, art. 8,

comporta automaticamente disabilità. Ebbene, se per poter accedere ai rimedi stabiliti dalla direttiva del 2000 venisse richiesta l'appartenenza ad una categoria caratterizzata da requisiti psico-fisici ascrivibili alla disabilità tali soggetti verrebbero esclusi. Ed invece, posto che ciò che conta è il motivo discriminatorio e non l'appartenenza ad una categoria, non vi è alcun motivo per escluderli dalla tutela antidiscriminatoria ove la disparità di trattamento sia avvenuta sulla base di una presunzione (anche erronea) della loro disabilità. Non si tratta, sia ben chiaro, di dilatare il concetto di *handicap* né di invocare una estensione della tutela antidiscriminatoria al di là delle fattispecie indicate dalla direttiva, cosa di cui, peraltro potrebbe discutersi, ma di considerare la ragione della discriminazione, in questo caso l'*handicap*, non quale attributo della persona, ma quale attributo della condotta. Il legame con la disabilità, in altri termini, dovrà esser verificato all'interno dei motivi del comportamento che si suppone antidiscriminatorio e non in relazione alle caratteristiche della persona. Perché il motivo possa essere considerato antidiscriminatorio, ovviamente, è necessario che sia relazionato con una vera o presunta disabilità, ovverossia con una caratteristica dell'individuo, ma in termini aperti e generici, senza che occorra pervenire alla costruzione di una categoria di aventi diritto sulla base di una precisa definizione.

Ciò appare evidente se si considera che la direttiva è stata adottata in forza dell'art. 13 CE, che si propone di combattere tutte le discriminazioni in esse indicate, e, pertanto, dev'essere coerentemente interpretata in tal senso. L'uguaglianza, infatti, secondo quanto ribadito dalla giurisprudenza comunitaria (Cause riunite C-27/00 e C-122/00, sentenza 12 marzo 2002, Omega Air e a) "non è soltanto un ideale politico e un'aspirazione, ma uno dei principi fondamentali del diritto comunitario".

Analogo ragionamento, ovviamente, vale per il caso in cui ad essere discriminata non sia la persona portatrice di handicap o ritenuta tale ma, ad esempio, la persona che assiste il disabile. Anche in tal caso, la disparità di trattamento, ove determinata dal fatto che un lavoratore sia trattato in modo meno favorevole rispetto al modo in cui vengono trattati o potrebbero essere trattati altri lavoratori, a motivo del fatto che tale lavoratore assista un figlio disabile del quale si prende cura, può integrare una discriminazione diretta per violazione del principio della parità di trattamento stabilito dalla direttiva. In senso conforme, si vedano le conclusioni dell'Avvocato generale nella Causa C-303/06, S. Coleman contro Attridge Law, presentate il 31 gennaio 2008.

Non può sfuggire, infine, che sia la disciplina contenuta nella direttiva 2000/78 che quella contenuta nella più recente Convenzione ONU proteggono i lavoratori disabili in quanto persone e non in quanto portatori di *handicap*! L'art. 5 della Convenzione ONU, prima ancora di far

riferimento alle persone con disabilità, si apre con l'affermazione che “tutte le persone sono uguali di fronte e secondo la legge ed hanno diritto, senza alcuna discriminazione, a uguale protezione e uguale beneficio di legge”. La definizione di discriminazione diretta contenuta nell'art. 2, comma 2, della Direttiva 2000/78, dal canto suo, fa riferimento al differente trattamento tra due persone che si trovino in situazione analoga.

## **7. LA PROBLEMATICIA DISTINZIONE TRA DISCRIMINAZIONE DIRETTA E DISCRIMINAZIONE INDIRETTA.**

La peculiarità di disciplina dettata in materia di *handicap*, soprattutto per la previsione di un obbligo specifico di adottare provvedimenti volti a consentire l'accesso e lo svolgimento di un'attività lavorativa da parte dei disabili, ha sollevato delicati problemi interpretativi relativamente alla distinzione tra discriminazione diretta e indiretta. La questione, tuttavia, appare meno problematica di quanto non possa apparire a prima vista, posto che i capisaldi della comparazione nel caso della discriminazione diretta e dell'esistenza di una “disposizione criterio o prassi” apparentemente neutri in quella indiretta, continuano a sussistere, pur nel nuovo contesto spazio-temporale posto in evidenza dalla dottrina (Barbera M. 2007a, XIX). Nel primo caso si discuterà della legittimità del differente trattamento di una persona rispetto ad un'altra (ove fondata su di un motivo attinente alla vera o presunta disabilità della persona), nel secondo caso della “essenzialità” di un criterio suscettibile di svantaggiare determinate persone.

Orbene, posto che non ogni disparità di trattamento di un disabile costituisce discriminazione diretta, e che non ogni criterio che produca un particolare svantaggio per un disabile costituisce discriminazione indiretta, si tratta semplicemente di collocare nella corretta prospettiva le parti di disciplina della direttiva esplicitamente riferite ai lavoratori disabili.

L'art. 5 della direttiva prevede l'obbligo di “adottare 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 perchè possano ricevere una formazione”. Fermo restando che, come si vedrà più avanti, tale obbligo è prescritto nei limiti della ragionevolezza, occorre stabilire se una disparità di trattamento derivante dal mancato rispetto di questo obbligo, determini una discriminazione diretta o indiretta. La risposta è agevole: ove il datore di lavoro non adotti i provvedimenti di cui all'art. 5 della direttiva pone in essere una discriminazione diretta in quanto basata sulla disabilità (Barbera M. 2007b, 103). Ove la disparità di trattamento sia posta in essere in relazione alle caratteristiche del soggetto, in altri

termini, la discriminazione diretta non sussisterà solo ove possa dimostrarsi l'impossibilità o l'irragionevolezza delle misure adeguate di cui all'art. 5 della direttiva.

Quanto alla discriminazione indiretta, una volta individuata “una disposizione un criterio o una prassi apparentemente neutri” sussistono due possibili cause di giustificazione. La prima è di carattere generale, valida per tutte le ipotesi di discriminazione, e cioè che la finalità della disposizione sia legittima e che i mezzi risultino appropriati e necessari. La seconda è specificamente stabilita in relazione alla disabilità e riguarda il caso in cui il datore di lavoro sia obbligato dalla legislazione nazionale “ad adottare misure adeguate, con riferimento ai principi di cui all'art. 5, per ovviare agli svantaggi provocati da tale disposizione, tale criterio o tale prassi”. L'adempimento di quanto prescritto dall'art. 5 della direttiva, pertanto, può assumere rilievo sia in relazione alla discriminazione diretta che a quella indiretta, ma ciò non determina confusioni. Nel caso della discriminazione indiretta il problema interpretativo consiste, piuttosto, nella relazione tra le due ipotesi di giustificazione, quella generale e quella specifica. Si è sostenuto, al proposito, che una volta che il datore di lavoro “abbia provato che il trattamento produttivo di particolari svantaggi per il disabile sia giustificato da finalità legittime e che i mezzi siano appropriati e necessari, egli sarà *tenuto* anche a basare la sua difesa sull'esimente specifica” (Barbera M. 2007b p. 105).

La lettera della legge, tuttavia, non consente una lettura cumulativa, tale da richiedere, per poter considerare giustificata la disposizione, criterio o prassi, la sussistenza di entrambe le cause di giustificazione. Le due ipotesi, quella generale e quella specifica, sono infatti collegate dalla formula disgiuntiva: “o che”. Ciò significa che ove il datore di lavoro abbia adottato le specifiche misure stabilite dalla legislazione nazionale, non sarà tenuto a dimostrare la sussistenza di una finalità legittima e della appropriatezza e necessità dei mezzi impiegati. Ma ciò significa anche che il datore di lavoro non potrà avvalersi della facoltà di dimostrare la finalità legittima e l'appropriatezza dei mezzi ove non abbia adempiuto a quanto stabilito dalla legislazione nazionale. Tale interpretazione, conduce inevitabilmente a svuotare di significato, nel caso della discriminazione per disabilità, il criterio di giustificazione di carattere generale, ma è l'unica interpretazione consentita dalla formulazione della direttiva: il datore di lavoro adempiente non è tenuto all'ulteriore dimostrazione della sussistenza della causa di giustificazione generale: il datore di lavoro inadempiente non può avvalersi della causa di giustificazione generale.

Tutto ciò, peraltro, possiede una sua logica, che è quella di ancorare le cause di giustificazione alle fattispecie stabilite dalla disciplina nazionale che siano conformi con le previsioni contenute nell'art. 5 della direttiva. In caso contrario, cioè laddove gli Stati non

abbiano emanato una disciplina specifica coerente, dovrà applicarsi, quale unica causa di giustificazione, quella di carattere generale contenuta nell'art. 2, comma 2, lettera b) punto i. Tale disposizione, tuttavia, andrà comunque interpretata alla luce dell'obbligo generale di predisporre misure adeguate nei limiti della ragionevolezza.

In definitiva, se si considera, per un verso, il ritardo da parte degli Stati nel dare applicazione specifica all'art. 5 della direttiva e, per altro verso, la difficoltà di una disciplina puntuale in materia, si deve concludere che la principale causa di possibile giustificazione rimane, per il momento, quella di carattere generale. Del resto, è nello spirito della nuova disciplina antidiscriminatoria, quello di governare situazioni aperte e variabili nel tempo.

## **8 LE CAUSE DI GIUSTIFICAZIONE E LE DEROGHE.**

Sia la disparità di trattamento che i particolari svantaggi derivanti dall'adozione di provvedimenti apparentemente neutri, come si è visto, se adeguatamente giustificati, potrebbero non configurare un'ipotesi di discriminazione diretta o indiretta. Per quanto riguarda la discriminazione indiretta, la giustificazione attinge alla disposizione o criterio impiegato dal datore di lavoro, sotto il profilo della sua necessità ed adeguatezza. Per quanto riguarda la discriminazione diretta, diversamente, la direttiva non fa riferimento ad alcuna causa di giustificazione. Ciò significa che la discriminazione diretta non può essere giustificata in nessun caso e, pertanto, in caso di trattamento meno favorevole fondato sulla disabilità, sarebbe improprio parlare di cause di giustificazione. Tuttavia, occorre considerare che l'art. 5 della direttiva prescrive l'obbligo di adottare provvedimenti appropriati volti a consentire ai disabili di accedere e conservare la propria occupazione. La tipologia di tali comportamenti è succintamente indicata, in termini esemplificativi, dal considerando n. 20: "ad esempio sistemando i locali o adattando le attrezzature, i ritmi di lavoro, la ripartizione dei compiti o fornendo mezzi di formazione o di inquadramento". Per altro verso, al considerando n. 17, si ribadisce che la direttiva non prescrive alcun obbligo di assumere o mantenere in servizio un soggetto non competente, non capace o non disponibile ad effettuare le funzioni essenziali del lavoro in questione. Il nodo interpretativo consiste nel fatto che le competenze e le capacità del disabile vengono prese in considerazione non sulla base della sua idoneità soggettiva, cioè delle sue caratteristiche psicofisiche, bensì della sua idoneità una volta che egli sia stato dotato dei "provvedimenti appropriati, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete" (*Dir.* 2000/78, art. 5). Questa concezione, non è affatto nuova. Già si è detto che la capacità lavorativa va

considerata tenendo conto dei correttivi materiali e immateriali di cui il soggetto disabile possa disporre (Loy G., 1993, 50 ss.). La novità consiste nel fatto che, ai sensi della direttiva, è compito del datore di lavoro predisporre misure adeguate a consentire lo svolgimento dell'attività lavorativa. Egli sarà tenuto ad adottare le misure necessarie, materiali ed immateriali, necessarie a consentire che il lavoratore disabile possa prestare la propria attività. E' in questa fase che entra in gioco la causa di giustificazione: l'obbligo del datore di lavoro di adottare tali provvedimenti non è illimitato ma incontra il limite della ragionevolezza. La causa di giustificazione, in altri termini è relativa alla mancata adozione di provvedimenti adeguati, e non alla discriminazione. Ma è evidente che se il datore di lavoro non è tenuto ad adottare misure volte a consentire il superamento dell'handicap, in quanto superano il limite della ragionevolezza, il diverso trattamento del disabile in quanto non capace della prestazione, non costituisce discriminazione.

Oltre alle cause di giustificazione, sostanzialmente quelle contemplate all'art. 2, lettera *b*, sub *i*, la direttiva stabilisce una serie di altre eccezioni al divieto di discriminazione che prossimo considerare delle vere e proprie deroghe al divieto.

Tali deroghe sono contenute agli art. 3, IV co. e 4, I co. La prima consente agli Stati di non applicare la direttiva, per quanto riguarda le discriminazioni relative all'*handicap* (oltreché all'età) alle forze armate. La seconda consente agli Stati di stabilire che le differenze di trattamento basate su di uno dei possibili fattori di discriminazione (che contemplano anche l'*handicap*) non costituiscano discriminazione “ laddove, per la natura di un'attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata, tale caratteristica costituisca un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa, perché la finalità sia legittima e il requisito proporzionato”. Vi è da segnalare, peraltro, che il considerando n. 18 stabilisce che la direttiva “non può avere l'effetto di costringere le forze armate, nonché i servizi di polizia, penitenziari o di soccorso ad assumere o mantenere nel posto di lavoro persone che non possiedano i requisiti necessari per svolgere l'insieme delle funzioni che possono essere chiamate ad esercitare, in considerazione dell'obbiettivo legittimo di salvaguardare il carattere operativo di siffatti servizi”.

Fatta salva quest'ultima disposizione, che sembra avere efficacia diretta, le altre deroghe possono essere fatte valere solo ove gli Stati espressamente dichiarino di volersene avvalere e, in ogni caso, quanto all'art. 4, relativamente ad ipotesi caratterizzate da una finalità legittima ed in relazione ad un requisito proporzionato.

L'effetto è stato quello di consentire una tipologia di recepimento della direttiva assai variabile tra sistemi che hanno disciplinato minuziosamente le deroghe (come il Regno Unito), altre che si sono limitate a ripetere il principio generale che consente la deroga (come la Spagna) di modo che, a mio avviso, non ne hanno riprodotta alcuna all'interno dell'ordinamento. Quanto all'Italia, infine, la direttiva è stata recepita estendendo le deroghe al di là di quanto consentito dalla norma comunitaria (Barbera M., 2007b, 121), così da operare una sorta di "sovrainterpretazione" della direttiva stessa (De Simone G., 2005, 145) ed introducendo la specifica previsione di cause di idoneità ad uno specifico lavoro che non pare coerente con la direttiva (Chieco P., 2006, 582).

## **9 IL DIVERSO TRATTAMENTO RISERVATO AI DISABILI NON COSTITUISCE DISCRIMINAZIONE POSITIVA MA È ESPRESSIONE DEL PRINCIPIO DI UGUAGLIANZA.**

Il fatto che il lavoratore disabile, soprattutto per effetto di quanto stabilito dall'art. 5 della direttiva, possa aver diritto ad un trattamento differenziato, che non necessariamente significa più favorevole, non costituisce, tuttavia, una espressione di discriminazione positiva bensì una affermazione del principio di uguaglianza. Principio che ben sopporta, ed anzi postula, che situazioni differenti vengano trattate in modo differente, proprio perchè l'uguaglianza sia effettiva. Nell'ambito di cui ci occupiamo, peraltro, non sussiste (benché nel caso concreto sarebbe legittima) alcuna violazione neppure del principio formale di uguaglianza, posto che tutti i lavoratori, laddove si trovassero nelle condizioni del lavoratore disabile, verrebbero trattati nello stesso modo, cioè avrebbero diritto ad un ragionevole adattamento delle proprie condizioni di lavoro. Non può neppure sfuggire il fatto che il diritto fondamentale cui fa riferimento la normativa che commentiamo non è il diritto all'uguaglianza, bensì il diritto al lavoro, e che l'obbiettivo è quello di far sì che tutte le persone, indipendentemente dalle proprie condizioni personali, possano ugualmente fruire di tale diritto. Ciò postula l'adozione di differenti strumenti a seconda delle condizioni di partenza di ciascuno. Compito della disciplina che si propone di dare attuazione al principio fondamentale è quello di neutralizzare l'*handicap*, posto che, in mancanza di tale neutralizzazione, verrebbero a mancare proprio le condizioni di uguaglianza tra le diverse persone ugualmente destinatarie del diritto nonostante le differenti condizioni di partenza. E se l'*handicap*, come è evidente, può essere neutralizzato solo mediante l'adozione di trattamenti differenti, tali trattamenti si configurano come espressione di uguaglianza sostanziale

che, allo stesso tempo, non confligge neppure con una pretesa parità “formale” la cui rilevanza, peraltro, è stata spesso sopravvalutata.

Sotto questa prospettiva, in definitiva, non si ha alcuna concessione o favore nei confronti dei lavoratori disabili, non rimane alcuno spazio per concezioni di tipo assistenzialistico o meglio, la funzione assistenziale, ispirata anch’essa ad un principio cardine delle moderne legislazioni, entra in azione solo laddove l’adozione di misure che consentano l’affermazione del diritto al lavoro in termini di parità (sostanziale e formale) superi i limiti della ragionevolezza. In tal senso, la Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori<sup>12</sup>, quando sancisce che “ogni persona `handicappata, a prescindere dall’origine e dalla natura dell’*handicap*, deve poter beneficiare di concrete misure aggiuntive intese a favorire l’inserimento sociale e professionale” (punto 26) si riferisce in generale sia alle misure “restitutive” dell’uguaglianza di condizioni che alle politiche di assistenza.

## **10 RIMANE DA CAPIRE QUANDO SI POSSA RITENERE CHE LE CAUSE DI GIUSTIFICAZIONE SIANO RAGIONEVOLI.**

Su tutto ciò, come si è anticipato, incombe il principio della ragionevolezza, inteso quale limite delle misure che possono essere imposte agli Stati ed ai privati per compensare le disabilità.

Analogamente a quanto avvenuto in relazione ad altri indici che consentono un apprezzamento discrezionale, sarà soprattutto compito della giurisprudenza quello di fissare dei criteri tali da portare ad una applicazione il più possibile omogenea del principio. La direttiva, tuttavia, fornisce alcune indicazioni di carattere generale lasciando agli Stati il compito di definire in materia più articolata la materia. Il legislatore comunitario fa essenzialmente riferimento al criterio della ragionevolezza: “per garantire il rispetto del principio della parità di trattamento dei disabili sono previste soluzioni ragionevoli”, e ribadisce, in particolare, il principio della proporzionalità dell’onere finanziario richiesto.

Il criterio della ragionevolezza contiene al suo interno due indici di valutazione: il primo fa riferimento agli strumenti, che son da valutare secondo l’adeguatezza delle misure rispetto alla finalità perseguita; il secondo consiste in un limite intrinseco, da misurare in relazione agli effetti ulteriori delle misure adottate.

---

<sup>12</sup> Adottata nel corso della riunione del Consiglio europeo di Strasburgo il 9 dicembre 1989, cui fa riferimento l’art. 136, n. 1, CE.

I provvedimenti, in altri termini, sono ragionevoli se sono adeguati, cioè tali da consentire alle persone con disabilità di neutralizzare l'*handicap* o di ridurlo in misura tale da consentire l'esercizio dei propri diritti. Ma, allo stesso tempo, gli effetti prodotti dall'adozione di tali misure dovranno risultare compatibili con le condizioni di esercizio dell'attività lavorativa.

Tale previsione, tuttavia, non è di carattere assoluto, non comprende qualunque adattamento materiale ed organizzativo tecnicamente fattibile ma solo quelli che non comportino per il datore di lavoro, sia in termini di organizzazione del lavoro che di eventuali adattamenti materiali, un "costo" sproporzionato rispetto alla finalità da raggiungere. Per "costo" non si intende solo l'onere finanziario ma anche qualsiasi altro disagio di tipo organizzativo che possa derivare dall'adozione di tali misure.

L'avvocato generale della causa Chacón Navas indica tra i possibili esempi relativi al concetto di ragionevolezza, quello della "possibilità per i disabili considerati, di accedere ad altre professioni o attività nelle quali il loro handicap non costituisca ostacolo oppure costituisca un ostacolo notevolmente più contenuto"<sup>13</sup>. L'accettazione di tale criterio comporta, tra l'altro, che l'indice di valutazione della ragionevolezza non si esaurisca all'interno del posto di lavoro considerato e che debba tener conto del fatto che la persona considerata possa più facilmente, o addirittura senza alcun *handicap*, svolgere un'altra attività lavorativa. Il disagio o l'onere economico cui il datore di lavoro non può sottrarsi, in altri termini, sarà variabile in relazione alle caratteristiche della persona disabile. Sarebbe ragionevole, in definitiva, imporre al datore di lavoro un costo anche elevato ove si trovi in presenza di una persona non facilmente occupabile in altra attività ma, allo stesso tempo, sarebbe irragionevole imporgli un costo analogo ove la persona possa essere facilmente occupata in altre attività ad essa più confacenti in relazione al tipo di disabilità posseduta.

Tale ragionamento, tuttavia, a meno che non sia condotto con un criterio rigoroso, può implicare il sacrificio del diritto alla libera scelta dell'attività lavorativa e della protezione della professionalità della persona disabile. Tale eventualità, in definitiva, dovrà essere valutata sotto il profilo della ragionevolezza (tenuto conto anche degli'interessi in gioco della persona disabile) e non, come sembra fare l'Avvocato generale, essere utilizzata come attenuazione del principio della ragionevolezza.

Il principio della ragionevolezza, peraltro, contiene in sé, ed anzi ne costituisce elemento essenziale, anche il criterio della sostenibilità economica delle misure di adeguamento delle

---

<sup>13</sup> Conclusioni dell'Avvocato generale L. A. Geelhoed, presentate il 16 marzo 2006 nella Causa Chacón Navas.

strutture organizzative e materiali. Affermare tale principio, infatti, esclude implicitamente che possa farsi riferimento ad un criterio di fattibilità tecnologica quale quello contenuto nell'art. 2087 del codice civile italiano (che, beninteso, non significa inapplicabilità della norma in relazione ai lavoratori disabili) e suppone l'essenzialità, oltretutto di altri fattori di comparazione, anche di quello del costo economico.

Il riferimento contenuto nella seconda parte dell'art. 5 della direttiva, ove si prevede che tali provvedimenti non “richiedano da parte del datore di lavoro un onere finanziario sproporzionato” non fa altro che ribadire, esplicitamente, quanto già contenuto nella previsione generale. Costituisce, se si vuole, una sorta di norma di chiusura che pone un limite di carattere generale, in questo caso solo sotto il profilo dell'onere finanziario, all'obbligo contenuto nella disposizione. Una analoga previsione, contenuta nella Convenzione ONU del 2006, dimostra come si vada omogeneizzando il criterio a livello di normativa internazionale. L'*accomodamento ragionevole*, secondo tale documento “indica le modifiche e gli adattamenti necessari ed appropriati che non impongano un carico sproporzionato ed eccessivo, ove ve ne sia necessità in casi particolari, per assicurare alle persone con disabilità il godimento e l'esercizio, su base di uguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e fondamentali” (Conv. ONU 2006, art. 2). La formulazione della disposizione è parzialmente differente, e peraltro destinata ad un differente ambito di applicazione, ma il senso è sostanzialmente analogo. Nella formulazione della Convenzione ONU, con la locuzione “carico sproporzionato o eccessivo”, si intendono sia i costi immateriali che gli oneri finanziari. Sostanzialmente si evita di ribadire, nello specifico, il riferimento alla proporzionalità degli oneri economici.

Perché una soluzione sia ragionevole sotto il profilo degli oneri finanziari, in definitiva, dovrà essere garantita la proporzionalità. Ma la proporzionalità, a sua volta, potrà non essere valutata sotto il profilo della ragionevolezza? Se la disposizione si chiudesse con l'esimente costituita dall'onere finanziario sproporzionato potremmo ritenere di trovarci di fronte ad un circolo vizioso o alla ripetizione, in altri termini, di un medesimo concetto. La norma, tuttavia, contiene una rilevante novità che consente di ancorare ad un riferimento obiettivo (almeno in parte) il criterio della proporzionalità: “non è sproporzionato allorché l'onere è compensato in modo sufficiente da misure esistenti nel quadro della politica dello Stato membro a favore dei disabili”.

Ciò comporta due importanti conseguenze. La prima fa sì che l'esimente dell'onere finanziario sproporzionato non possa essere fatto valere ove il relativo onere sia assunto dallo Stato. In riferimento all'ordinamento italiano, per fare un esempio, ciò comporta una automatica

trasformazione delle politiche di incentivazione all'adattamento del posto di lavoro in obbligo. Il datore di lavoro, in altri termini, non è più libero di decidere se avvalersi o meno degli incentivi economici stabiliti dall'art. 18 della legge 12 marzo 1999, n. 68 per l'adattamento del posto di lavoro ma, di fronte al caso concreto, sarebbe tenuto a ricorrere a tale incentivo, se previsto, per non essere ritenuto inadempiente all'obbligo generale contenuto nell'art. 5 della direttiva. Ciascuno Stato, ed è questa la seconda conseguenza, finisce per stabilire, indirettamente, mediante la determinazione dei costi che ritiene sostenibili, il limite della proporzionalità. Ciò, a sua volta, non potrà che costituire una variabile delle risorse messe in campo. Maggiori risorse da parte degli Stati determineranno una elevazione dell'indice di proporzionalità e viceversa. Ciò, infine, è destinato a determinare forti disparità nell'attuazione della direttiva da parte degli Stati allontanando il raggiungimento di un criterio omogeneo nello spazio comune europeo: né un'unica nozione di disabilità né un livello comparabile delle misure la cui adozione sia obbligatoriamente richiesta a tutti i datori di lavoro.

## **11 INTERPRETAZIONI ED OMISSIONI DEL LEGISLATORE ITALIANO.**

Lo Stato italiano, proprio in relazione a quanto disposto dall'art. 5 della direttiva, che costituisce uno degli snodi fondamentali del nuovo diritto antidiscriminatorio a favore dei disabili, ha già fatto la sua parte, omettendo di recepirne il contenuto. Ciò non certo per una dimenticanza ma ponendo in essere una “colpevole manomissione della nozione comunitaria di discriminazione” (Barbera M. 2007b, 81). Il mancato recepimento di questa parte della direttiva, peraltro, non pare mettere in discussione l'obbligo, da parte dei giudici nazionali, di interpretare il diritto interno in conformità con il diritto comunitario. Nel caso della sopravvenuta riduzione della capacità lavorativa, ad esempio, non sarebbe più conforme al diritto europeo la giurisprudenza che consente il licenziamento sulla base della mera inidoneità allo svolgimento delle mansioni di competenza senza che il datore di lavoro sia tenuto ad adottare una soluzione che, nell'ambito della ragionevolezza, consenta il mantenimento del posto di lavoro. Non si tratta, peraltro, di una vera e propria novità, quanto del perfezionamento di una linea interpretativa che, considerando il licenziamento quale “ultima ratio” richiede la dimostrazione della sua inevitabilità. Rispetto a ciò, in materia di capacità fisica, la direttiva ha il pregio di formalizzare l'obbligo di esperire ogni tentativo di conservazione del posto di lavoro e di offrire un criterio volto a stabilire sino a quale limite il datore di lavoro sia tenuto ad adottare soluzioni alternative al licenziamento.

## **12 MA LE AZIONI VOLTE A GARANTIRE L'UGUAGLIANZA DEI LAVORATORI DISABILI NON SI LIMITANO ALLA DISCIPLINA ANTIDISCRIMINATORIA.**

La disciplina antidiscriminatoria stabilita dalla direttiva CE 2000/78 costituisce un punto di riferimento imprescindibile per la realizzazione del diritto all'uguaglianza proclamato dalle principali Dichiarazioni e Patti internazionali. Essa, tuttavia, non esaurisce il ventaglio degli strumenti adottati dalle principali organizzazioni internazionali per rendere effettivo tale diritto. Il più recente e significativo intervento è contenuto nella Convenzione ONU sui diritti delle Persone con Disabilità del 2006, cui si è già fatto cenno, che si propone di “promuovere, proteggere ed assicurare 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 inerente dignità”. Al concetto di uguaglianza indicato dalla Convenzione, peraltro, si giunge mediante un articolato percorso che include tra i principi generali “il rispetto per la differenza e l'accettazione delle persone con disabilità come parte della diversità umana e dell'umanità stessa” (Art. 3). Gli altri principi generali della Convenzione (rispetto per la dignità della persona, non discriminazione, piena ed effettiva partecipazione, parità di opportunità, accessibilità) vanno pertanto interpretati alla luce di questa chiave di lettura che accoglie il nuovo concetto di disabilità accolto dall'OMS secondo il quale, come ribadito dalla lettera e) del preambolo, “la disabilità è un concetto in evoluzione e .... il risultato dell'interazione tra persone con minorazioni e barriere attitudinali ed ambientali che impedisce la loro piena ed efficace partecipazione nella società su una base di parità con gli altri”. La Convenzione, a differenza della direttiva europea, ha una estensione generale, posto che riguarda “tutti i diritti umani e le libertà fondamentali” (Art. 4) senza alcuna esclusione. Essa è rivolta, essenzialmente agli Stati che, con la firma della Convenzione assumono l'obbligo generale di assicurare e promuovere il rispetto di tali diritti mediante una serie di azioni indicate nel dettaglio dalla Convenzione che, in ogni caso, stabiliscono prescrizioni di tipo aperto: “adottare tutte le misure appropriate legislative, amministrative e altre misure per realizzare i diritti riconosciuti dalla Convenzione”.

La Convenzione, peraltro, comprende un “Protocollo Opzionale” che prevede un meccanismo di controllo del rispetto della Convenzione da parte di un “Comitato per i diritti delle Persone con Disabilità”. Il procedimento può essere avviato mediante comunicazioni inoltrate da individui o gruppi di soggetti che ne facciano istanza in quanto vittime di violazioni delle disposizioni della Convenzione da parte di uno Stato. La procedura prevede la possibilità

che, al termine di un'inchiesta, uno Stato possa essere censurato per violazioni gravi o sistematiche dei diritti stabiliti dalla Convenzione. La possibilità di un controllo da parte di un Comitato esterno ha provocato non poche resistenze alla ratifica della Convenzione, anche da parte di Stati appartenenti all'Unione Europea. Il processo di ratifica, in ogni caso, si è avviato regolarmente anche se non un parte degli Stati che hanno ratificato la Convenzione non ha ratificato anche il Protocollo Opzionale.

La Convenzione ONU, pur costituendo una tappa di fondamentale importanza, non comporta un cambiamento radicale rispetto al passato. La rottura, infatti, è avvenuta con il Programma di Azione Mondiale per le Persone con Disabilità del 1982<sup>14</sup> che, superando il modello paternalistico ed assistenziale delle precedenti Dichiarazioni (vedi nota n. 1), ha rappresentando un cambio di paradigma rispetto al passato. A partire da tale Programma, infatti, la disabilità' non e' più considerata come un deviazione individuale e negativa rispetto al parametro della normalità e la Convenzione del 2006, in linea di continuità con i documenti successivi al 1982<sup>15</sup> utilizzando il concetto di "persona con disabilità", mantiene "un certo compromesso tra il modello medico – si parla di "deficienze" – ed il modello sociale – si parla di barriere che impediscono la partecipazione effettiva in ambito sociale" ( Courtis, C, 2007, 71). La Convenzione, di conseguenza pone come obiettivo l'accesso alle manifestazioni della vita sociale, dal lavoro alla politica, al tempo libero, postulando l'abbattimento delle barriere e sollecitando l'adozione di nuove tecnologie nel campo dell'inserimento.

La Convenzione del 2006, tuttavia, perfeziona il linguaggio e precisa meglio nuovi ambiti di intervento tanto da poter essere considerata come una importante evoluzione del modello inaugurato con il Piano di Azione del 1982.

Tra gli esempi di tale evoluzione possono segnalarsi l'enfasi che viene posta sul valore della autonomia e vita indipendente delle persone con disabilità, il riferimento alla particolare condizione delle persone che sono doppiamente discriminate per il fatto di appartenere, per un verso, alla "categoria" dei disabili e contemporaneamente ad altre categorie svantaggiate ed il particolare regime di protezione necessario per le persone particolarmente vulnerabili per il fatto di trovarsi in condizioni di esclusione sociale, di povertà, etc. (*Conv. ONU 2006, Preambolo, sub j, p, q, t x, art. 16*).

---

<sup>14</sup> Approvato con la Risoluzione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite del 3 dicembre 1982.

<sup>15</sup> "Direttive di Tallin per lo sviluppo delle risorse umane dei disabili", approvate con la Risoluzione 44/70 dell'Assemblea generale il 15 marzo 1990; i "Principi per la protezione dei malati mentali e per il miglioramento della salute mentale", approvati con la Risoluzione 46/119 dell'Assemblea generale del 17 dicembre 1991; le "Norme uniformi per la pari opportunità delle Persone con disabilità", approvate con la Risoluzione 48/90 dell'Assemblea generale il 20 dicembre 1993.

Fondamentale, infine, il fatto di riconoscere “come valore la diversità apportata dalle persone disabili alla società” (Courtis, C, 2007, 71) Il processo che conduce all’uguaglianza, in altri termini, non va più ricercato nel microcosmo, individuale o collettivo, delle persone disabili, pur con la nobile finalità di aiutarle a superare l’*handicap*, ma coinvolge tutta la società che, prima di tutto, accetta e rispetta la diversità come parte di se stessa e, di conseguenza, è disposta a modificarsi essa stessa al fine di consentire che i portatori di differenze possano partecipare in condizioni di sostanziale uguaglianza. Allo stesso tempo, e di conseguenza, il tema dell’accessibilità assume rilevanza centrale sia in termini materiali, per l’entità dell’impegno richiesto agli Stati dell’abbattimento delle barriere (*Conv. ONU 2006*, art. 9), sia in termini immateriali (*Conv. ONU 2006*, art. 8), posto che gli Stati assumono anche l’obbligo di sradicare “i pregiudizi e gli stereotipi esistenti che sostengono e riproducono la discriminazione” (Courtis, C, 2006, 81). Le barriere “sono create, costituite, tollerate, accettate e perpetuate dalla stessa società” (Brognia P. 2007, 89), posto che già a partire dalla progettazione degli spazi, l’architetto ha in mente una comunità di riferimento, composta da persone, che assume quale condizione di normalità. Si può concludere ricordando che la disabilità può essere riferita agli impedimenti (soggettivi) della persona, agli ostacoli materiali che il disabile incontra nella vita di relazione, ma esiste anche un ulteriore livello di disabilità, che è “strutturale, la sua origine sta nella nostra struttura sociale, nelle nostre rappresentazioni, nei nostri valori, nella nostra idiosincrasia, nelle nostre norme nella nostra cultura, nei nostri schemi cognitivi. Con le parole di Bourdieu: nel nostro *habitus*, che è il principio non scelto di tutte le nostre scelte, nelle strutture sociali interne che ci inducono a pensare così come pensiamo” (Brognia P. 2007, 89)

### 13 NOTE

Brognia P. (2007), Posición de discapacidad: los aportes de la Convención, in ONU, Secretaría de Relaciones exteriores, Mexico - Comisión Europea, Los derechos de las personas discapacitadas, Mexico.

Chieco P. (2006), Frantumazione e ricomposizione delle nozioni di discriminazione, in Rivista Giuridica del Lavoro, n. 3.

Courtis C. (2007), La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Ante un nuevo paradigma de protección, in Los Derechos de las Personas Discapacitadas, cit.,

De Simone G. (2005), I requisiti occupazionali, in Fabeni S., Toniollo M.G. ( a cura di), La discriminazione fondata sull’orientamento sessuale, Ediesse, Roma.

Loy G. (1993), Capacità fisica e rapporto di lavoro, Angeli, Milano.

Barbera M. (2007a), Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione e continuità, in Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale, (a cura di M. Barbera) Giuffrè, Milano.

Barbera M. (2007b), Le discriminazioni basate sulla disabilità, in Il nuovo diritto antidiscriminatorio (a cura di M. Barbera), Giuffrè. Milano.

R. Tarditi (2007), L'olocausto delle diversità, un passato poco conosciuto, in La rivista psichiatrica/informazione, 1/2007, numero 32.