

**Riflessioni di politica legislativa del concetto di svantaggio**  
di Giovanni Bartoli e Valentina Menegatti  
ricercatori, Isfol, Area Politiche Sociali e Pari Opportunità

1. Introduzione. 2. Significato di “Eguaglianza” e “discriminazione” nella legislazione europea. 3. Le scelte strategiche e la tutela delle nuove frontiere della disabilità. 4. Il concetto europeo di disabilità: una nozione aperta? 5. I collegamenti tra divieti di discriminazione diretta ed indiretta, cause di giustificazione e obbligo di adottare soluzioni ragionevoli. 6. I soggetti svantaggiati e le misure di protezione sociale. 7. La controversa interpretazione del Decreto Legislativo n. 276/2003.

## 1. Introduzione

I concetti di svantaggio, marginalità, disabilità, inclusione hanno lo stesso denominatore, costituiscono facce della stessa medaglia, con immediati riflessi sull’inclusione e sull’inserimento nel mercato del lavoro. Gli spunti riflessivi, che seguono, segnalano e circoscrivono l’indagine, gli strumenti regolativi, le dinamiche interne, le eventuali conseguenze, per la costruzione di un nuovo Welfare.

I temi dello *svantaggio* e della marginalità costituiscono problemi ancora aperti, si tratta infatti di sviluppare riflessioni pedagogico giuridiche che consentano di affrontare correttamente le problematiche nella loro complessità. Allo scopo di realizzare ciò, occorre superare luoghi comuni e pregiudizi, prendere coscienza delle caratteristiche che connotano tale tipo di casistica e di individuare strategie adeguate di *welfare*, per promuoverne il superamento.

In particolare, l’argomento dello *svantaggio* è apparso nella manualistica letteraria italiana negli anni settanta, grazie all’influenza di ricerche scientifiche e teorizzazioni di derivazione anglosassone; l’argomento sintetizza un certo tipo di problemi di interpretazione ascrivibili al tema del disadattamento e del cattivo rendimento scolastico di allievi provenienti da classi sociali meno favorite sul piano economico o, da gruppi socio-culturali marginalizzati.

Dal punto di vista tecnico lo *svantaggio* è l’impedimento per colui o colei che non riesce ad ottenere il riconoscimento dei propri diritti materiali e culturali e né riceve l’apprezzamento dei propri talenti o delle proprie potenzialità di qualunque livello essi siano.

*Svantaggiato* è di conseguenza il soggetto che, per molteplici cause socio-economiche, possiede un patrimonio insufficiente di conoscenze e di esperienze, inoltre non dispone dei mezzi necessari per arricchire le une e le altre e ciò marca la differenza con gli altri componenti del gruppo sociale, ovvero la disparità nell’accessibilità delle risorse. Pertanto il soggetto si trova in una situazione di arretratezza o deprivazione nei confronti degli altri nell’ambito della stessa cultura.

La marginalità è la caratteristica della posizione occupata nei gruppi sociali da coloro che per nascita o per volontà altrui non possono giovare di condizioni positive di sviluppo, emarginato è quindi il soggetto che per circostanze indipendenti dalla sua volontà, fa parte di gruppi o strati sociali posti ai margini della comunità, per volere od interesse dei gruppi dominanti.

In conclusione lo svantaggio riguarda il singolo soggetto a prescindere dalle condizioni materiali, favorevoli o meno, che lo riguardano o il gruppo sociale di appartenenza; invece la marginalità riguarda la situazione in cui si trovano più soggetti.

## 2. Significato di “Eguaglianza” e “discriminazione” nella legislazione europea

La fonte di riferimento in materia è rappresentata dalla Carta europea dei diritti dell’uomo, che all’articolo 14 “**Divieto di discriminazione**” stabilisce che: “*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."*

Ai fini della costruzione di una nozione comunitaria di disabilità, appare interessante lo studio condotto dal Gruppo di esperti incaricati dalla Commissione europea di indagare sullo stato di applicazione della legislazione in tema di disabilità negli Stati membri dell'Unione europea (allora 15)<sup>1</sup>.

I rapporti pubblicati successivamente dalla Commissione con l'ausilio della "Rete europea di esperti legali indipendenti in materia di antidiscriminazione"<sup>2</sup>, indicano che la diversità dei sistemi a livello nazionale è stata mantenuta e che i vari Paesi hanno adottato soluzioni piuttosto differenti, per quanto concerne: la definizione di disabilità, nonché le specificazioni dell'obbligo di adottare soluzioni ragionevoli.

Da quanto risulta solo le norme di adattamento alla legislazione antidiscriminatoria comunitaria di Francia, Irlanda, Germania e Regno Unito definiscono la nozione di disabilità. Gli altri ordinamenti nazionali prevedevano già varie definizioni di disabilità con qualche eccezione come la Danimarca e l'Olanda, prevalentemente allo scopo di individuare i destinatari dei meccanismi di protezione sociale dei disabili messi in atto al loro interno.

Nell'ordinamento italiano non esiste una nozione unitaria di disabilità; infatti le disposizioni che si occupano del tema individuano diverse *espressioni* per indicare un'alterazione o una menomazione anatomico-funzionale, a seconda della finalità perseguita e dello strumento di tutela fornito dal sistema, alterazione la cui gravità si traduce, nella maggior parte dei casi nella stima percentuale della perdita, o riduzione, della capacità lavorativa da accertare attraverso apposite commissioni mediche pubbliche.

Solo apparentemente il concetto di disabilità ha portata omnicomprensiva, evocativa anche dell'invalidità e dell'handicap, dal momento che spesso è quest'ultimo termine ad apparire utilizzato in senso lato. A questo riguardo la legge n. 104/1992 definisce portatore di handicap la persona che presenta una minorazione fisica, psichica o sensoriale, stabilizzata o progressiva, che è causa di difficoltà di apprendimento, di relazione o di integrazione lavorativa e tale da determinare un processo di svantaggio sociale o di emarginazione.

L'attenzione al duplice profilo della disabilità ritorna nella legge n. 68/1999 che si applica alle persone in età lavorativa affette da minorazioni fisiche, psichiche o sensoriali ed ai portatori di handicap intellettuale, che comportino una riduzione della capacità lavorativa superiore al 45%, alle persone invalide del lavoro con invalidità superiore al 33%, alle persone non vedenti o sordomute; agli invalidi di guerra, civili o per servizio.

Infine il D. Lgs. 276/2003 include tra i soggetti svantaggiati cui sono destinate particolari misure di politica dell'impiego, anche le categorie indicate dalla legge 381/1991: invalidi fisici, psichici, sensoriali, ex degenti di istituti psichiatrici, i soggetti in trattamento psichiatrico, i tossicodipendenti, gli alcolisti.

La costruzione europea del concetto di disabilità presuppone ragionando dalle definizioni nazionali un collegamento al concetto di menomazione o comunque a quello di capacità, il che tuttavia non implica necessariamente che sia stata sempre adottata un'accezione medica del concetto. Proprio

---

<sup>1</sup> Si veda in proposito le osservazioni di Quinn G., *Disability Discrimination Law in the EU Member States*, in *Report of the E.U. Network of Experts on Disability Discrimination*, 2004, reperibile in [http://europa.eu.int/comm/employment\\_social/fundamental\\_rights/index\\_en.htm](http://europa.eu.int/comm/employment_social/fundamental_rights/index_en.htm).

<sup>2</sup> La data limite riferita al recepimento è scaduta il 2 dicembre 2003. Gli Stati membri avevano la possibilità di chiedere una deroga massima di tre anni per conformarsi alla Direttiva. La Danimarca ha chiesto un anno di deroga; la proroga massima di tre anni è stata utilizzata da Francia, Svezia e dal Regno Unito. Tali stati devono riferire annualmente alla Commissione i progressi realizzati nell'attuazione delle direttive. I dieci nuovi stati erano tenuti ad avere recepito i documenti entro il 10 maggio 2004, data della loro entrata nella UE; conseguentemente sono state copiose le nuove leggi adottate nei mesi che hanno preceduto l'allargamento dell'Ue. Vedi *Uguaglianza e non discriminazione*, rapporto annuale 2005, Divisione Occupazione e Affari Sociali.

per queste ragioni, il Gruppo di esperti aveva suggerito di attenersi ad una serie di criteri per definire il concetto univoco di disabilità: le malattie croniche, le disfunzioni (senza tenere conto delle eventuali gravità), le disabilità presenti, passate e future, le malattie croniche ed associate. Secondo il parere del gruppo, al tempo in cui l'indagine è stata condotta, solo la legge irlandese utilizzava criteri di questo tenore, ma va detto che le nuove leggi adottate in Gran Bretagna e Francia a partire dal 2005 per completare la trasposizione della direttiva, vanno nella direzione di un ampliamento delle nozione nel senso sopra indicato.

A questo punto la parola passa agli altri attori istituzionali del processo di integrazione normativa, vale a dire la Commissione, la Corte di Giustizia, Corti nazionali, gli operatori giuridici, nonché gli attori sociali e soprattutto le ONG, che hanno dimostrato in passato di saper svolgere un'efficace attività di pressione e condizionamento politico. In questa fase, comunque, è probabile che la dinamica normativa sia affidata prevalentemente all'interpretazione, giacché si tratta di costruire una nozione comunitaria di disabilità e di definire quale rapporto esista tra obblighi negativi e positivi posti dalla Direttiva, 1999/77, di cui diffusamente nel proseguo.

Per quanto la Direttiva quadro non contenga alcuna definizione di disabilità, non è illimitata la discrezionalità degli Stati membri nel decidere se e in quale modo definire la nozione. Nonostante il rispetto delle diversità nazionali informi lo spirito stesso della Direttiva, vi sono alcuni vincoli normativi posti all'azione dei Legislatori nazionali, che derivano tanto dagli obiettivi generali, perseguiti dalla stessa, quanto dal linguaggio utilizzato.

Così, il fatto che l'articolo 1 individui l'obiettivo generale della direttiva, (nella lotta alle discriminazioni fondate fra gli altri motivi sulla disabilità), al fine di rendere effettivo negli Stati membri il principio della libertà di trattamento, dovrebbe far concludere nel senso che l'attenzione del Legislatore comunitario si è focalizzata sul fenomeno della discriminazione, più che sulla specifica natura delle cause che la originano e che pertanto, intendere in senso restrittivo la categoria dei disabili, potrebbe portare ad esiti contrastanti con l'obiettivo prima indicato.

Nello stesso senso depone il fatto che si parli di discriminazione fondata sulla disabilità e non discriminazione a danno di persone affette da disabilità. Ciò dovrebbe portare ad una definizione della fattispecie che includa situazioni quali quelle di una persona che, pur non essendo disabile, venga trattata come tale, ad esempio perché portatrice di un certo codice genetico o perché deturpata nel viso o nel corpo, oppure lo è stata in passato o lo può diventare in futuro, nonché *situazioni* particolari nelle quali ad essere discriminati sono i *care givers*.<sup>3</sup>

Del resto, il fatto che la nuova nozione di discriminazione fornita dalla Direttiva ammetta anche comparazioni non attuali o ipotetiche, vale a dire proiettabili in una dimensione temporale passata o futura, conferma questa lettura estensiva della normativa comunitaria e spinge a non fare della tutela antidiscriminatoria una questione di tassonomia della disabilità.

Non sembra tuttavia che possa essere accolta l'opinione secondo la quale, ciò che occorre definire è la condotta discriminatoria più che le caratteristiche del gruppo passibile di discriminazioni. I due profili, infatti, sono strettamente connessi. Se è vero che il motivo della condotta fa parte della definizione della fattispecie discriminatoria e che nell'accertamento della discriminazione, i giudici si trovano, inevitabilmente a verificare quali caratteristiche del danno conferiscono titolo al soggetto che agisce in giudizio, ad ottenere la tutela prevista dalla legge. Anche la contrapposizione fra dimensione individuale (che informerebbe lo scopo di contrastare la discriminazione di cui all'articolo 1 della Direttiva) e la dimensione di gruppo (a cui si richiamerebbe solo il divieto di discriminazioni indirette di cui all'articolo 2, punto 2 b), nonché l'obbligo di adottare soluzioni ragionevoli sul corollario interpretativo di cui all'articolo 5 (che viene proposta dai sostenitori di

---

<sup>3</sup> Gli ordinamenti come quello italiano i quali prevedono che i familiari di un disabile fruiscono di particolari diritti, come congedi o permessi speciali per l'assistenza. Il divieto di discriminazioni fondate sulla disabilità dovrebbe coprire anche tali soggetti, nelle circostanze in cui la loro condizione di *care givers* li esponga a condotte discriminatorie.

questa tesi e che a sua volta evoca una contrapposizione fra giustizia individuale e giustizia di gruppo), convince poco, sia dal punto di vista politico che da quello giuridico.

E' un fatto indiscutibile che l'attenzione crescente che l'Unione Europea ha dedicato alla questione sociale della disabilità, sia stata il frutto di una azione politica organizzata condotta da gruppi di pressione che hanno agito tanto a livello nazionale, quanto a livello sopranazionale. Sottostimare la natura collettiva degli interessi di cui tali gruppi sono portatori può portare alla lunga diminuirne il peso politico e la rilevanza sociale.

Quanto agli spetti più strettamente giuridici, separare così nettamente i profili individuali da quelli collettivi della discriminazione può produrre esiti paradossali, come quello già segnalato in precedenza di intendere la norma che stabilisce l'obbligo di soluzioni ragionevoli come una clausola che indebolisce la portata correttiva del divieto di discriminazioni indirette, perché, lungi dall'imporre al datore di lavoro di rendere il luogo di lavoro accessibile a tutti, gli consentirebbe di predisporre solo soluzioni individuali, lasciando per il resto inalterata la situazione produttiva di discriminazioni.

Tale lettura della correlazione tra divieti di discriminazione e obbligo di adottare una soluzione ragionevole, oltre a poggiare su argomenti testuali discutibili, sembra ignorare la natura strutturalmente plurioffensiva della condotta antidiscriminatoria e implica una erronea costruzione delle diverse fasi in cui si articola il giudizio di non discriminazione e nel caso di discriminazioni indirette, del rapporto che intercorre tra l'esimente, causa di giustificazione specifica (adozione di soluzioni ragionevoli) ed esimente generale, ovvero la natura essenziale del criterio indirettamente discriminatorio.

Vi è invece la possibilità di collegare in modo più conforme alla *ratio* complessiva dell'intervento comunitario l'obbligo negativo, di non discriminare con l'obbligo positivo di adottare soluzioni ragionevoli. Questa lettura consente di mettere a frutto l'esperienza maturata nel comparto dei sistemi giuridici, che per primi hanno esplorato le nuove frontiere della tutela dei disabili.

### **3 Le scelte strategiche e la tutela delle nuove frontiere della disabilità**

Vi è un'ultima ulteriore ragione che rende poco plausibile l'ipotesi che si possa fare a meno di una più precisa individuazione di chi siano gli appartenenti al gruppo protetto dalla legge. Come era forse prevedibile in considerazione della nuova qualità della tutela antidiscriminatoria accordata dalle direttive di seconda generazione, che predispongono meccanismi di garanzia potenzialmente più effettivi di quelli offerti in passato dalle legislazioni antidiscriminatorie tradizionali, le prime controversie insorte a livello comunitario hanno riguardato proprio la questione di quali soggetti siano coperti e quali no, da questo ampio *corpus* normativo. In realtà già la sentenza Mangold, la prima decisione resa dalla Corte di Giustizia in tema di direttiva quadro, riguardante un caso di discriminazione basato sull'età, ha avuto modo di rivelare come le implicazioni dei divieti di discriminazione posti dalla direttiva, in un contesto che ne vede ampliata portata e significato, siano più vaste di quanto non si fosse immaginato.

Quello che preme sottolineare è che essa ha dato modo alla Corte di giustizia di eleggere i divieti specifici di discriminazione come espressione di un principio generale di parità di trattamento che deve essere considerato un principio generale di diritto comunitario e che trova la sua fonte in vari strumenti internazionali e nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri.

Si tratta di una affermazione non inedita, mentre inedita è la conseguenza che ne trae la Corte e cioè che: *“il rispetto del principio generale della parità di trattamento, in particolare in ragione dell'età, non dipende, come tale, dalla scadenza del termine concesso agli Stati membri per trasporre una direttiva intesa stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni.....Ciò considerato è compito del giudice nazionale, adito con una controversia che mette in discussione il principio di non discriminazione in ragione dell'età, assicurare, nell'ambito della sua competenza,*

*la tutela giuridica che il diritto comunitario attribuisce ai singoli, garantendone la piena efficacia disapplicando le disposizioni eventualmente configgenti della legge nazionale.....anche quando il termine di trasposizione della detta direttiva non è ancora scaduto.”*

Dunque, sembra dire la Corte in quanto specificazione di un principio di eguaglianza che esiste indipendentemente dalle direttive, i divieti di discriminazione vivono di una vita propria, che prescinde dai comportamenti attuativi od omissivi degli Stati membri.

Dalla natura incondizionata di tale principio, come era stato suggerito dall'Avvocato generale, nelle sue conclusioni, discende la conseguenza che anche le specificazioni del principio stesso possono spiegare i loro effetti su tutti i consociati ed essere dunque invocate dai privati verso lo Stato e dai privati verso altri privati. Che infatti sia in ultimo la direttiva quadro, e non solo il principio generale d'eguaglianza, a fungere da parametro interpretativo di riferimento per il giudice nazionale, è dimostrato dal richiamo espresso alle disposizioni della direttiva ed in particolare a quelle dell'art 6, che individuano le ipotesi di giustificazione legittima delle distinzioni basate sull'età.

Conseguenza di tale impostazione è che una scelta di politica occupazionale di uno Stato membro che nella prima parte della sentenza, la Corte aveva dichiarato non sindacabile alla luce della direttiva 1999/70, relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, ed in particolare alla luce della clausola di non regresso ivi contenuta all' art. 8 comma 63, lo diventa invece, nella seconda parte della stessa sentenza, alla luce di una delle declinazioni del principio di eguaglianza, e, precisamente, del divieto di discriminazioni fondate sull'età e del connesso criterio di proporzionalità.

In tal modo il controllo d'eguaglianza assumerebbe nell'ordinamento comunitario una latitudine simile a quello che riveste negli ordinamenti costituzionali nazionali rispetto a qualsiasi differenziazione normativa, senza che rilevino la fonte o la natura delle competenze nel cui esercizio l'atto sia stato adottato, secondo un' autorevole opinione, quella dell' Avvocato generale nella causa già citata precedentemente. Il rischi di un'interpretazione così estensiva della portata del principio di non discriminazione è quello di travalicare i limiti stabiliti dall'articolo 13 del Trattato CE.<sup>4</sup> Limiti che afferiscono sia al carattere sussidiario della non discriminazione, quanto al rispetto delle rispettive competenze della Comunità e degli Stati membri. La conseguenza sarebbe che si sarebbe creato un punto di Archimede in base al quale tutti i divieti di discriminazione enumerati nell'art. 13 CE potrebbero essere utilizzati per correggere, senza l'intervento degli autori del Trattato o del Legislatore comunitario, le valutazioni fatte dagli Stati membri, nell'esercizio delle competenze di cui tuttora dispongono.

In tal modo l'ampio margine di valutazione discrezionale di cui gli Stati godono nella scelta di misure atte a realizzare i loro obiettivi, ad esempio in materia di politica occupazionale, rispetto alla quale la Comunità dispone che *trattasi di competenze parziali, ma più spesso complementari*, quindi il sopraindicato margine di valutazione discrezionale, verrebbe ridotto al di là, di quanto non consenta l'attuale riparto di competenze.

Anche in questo caso, non è possibile in questa sede entrare nel *merito* delle ardue questioni sollevate dall'Avvocato generale, tranne per osservare che, pure nel processo di integrazione europea, il principio di uguaglianza, anche nella declinazione in negativo di non discriminazione, mostra l'attitudine a giocare il ruolo che esso ha sempre svolto in tutti i sistemi di governo *multilevele*, che è quello di forzare i limiti della ripartizione delle competenze fra centro e periferia.

---

<sup>4</sup> Trattato CEE, Parte Prima – Principi -

Articolo 13 “Fatte salve le altre disposizioni del presente trattato e nell'ambito delle competenze da esso conferite alla Comunità, il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo, può prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali.”

Dovrebbe essere chiaro, a questo punto, perché la partita si gioca nel processo di progressiva specificazione del significato dei divieti di discriminazione posti dalla direttiva quadro, vada al di là dell'ordinaria attività interpretativa di un nuovo enunciato normativo.

Le questioni che vengono in rilievo sono di portata assai generale e riguardano: tanto l'atteggiarsi del principio di supremazia ed efficacia diretta del diritto comunitario, quanto l'assetto delle competenze. Per queste ragioni, e per preoccupazioni non dissimili da quelle che hanno spinto le Corti nordamericane a limitare l'accesso delle categorie protette, compresa quella che si dirottino verso un particolare gruppo sociale una quota eccessiva di risorse pubbliche, l'Avvocato generale ha ritenuto che si debba adottare una interpretazione più prudente della Direttiva n. 2000/78, la quale semplicemente stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e condizioni di lavoro, rispetto a quella fatta propria dalla Corte nella causa Mangold. Lo sforzo di rendere operativi i divieti di discriminazione, impone in pratica al Legislatore di operare scelte dolorose, se non tragiche, ponderando gli interessi in gioco, quali diritti dei disabili o dei lavoratori anziani, rispetto ad un flessibile funzionamento del mercato del lavoro o ad un innalzamento del grado di partecipazione delle fasce di età più elevate.

Non di rado nell'applicazione di tali divieti di discriminazione sono necessarie compensazioni finanziarie, la cui ragionevolezza dipende anche dalle risorse pubbliche disponibili o dal livello generale di benessere dello Stato membro considerato. Tali valutazioni in ambito nazionale, non avvengono in un vuoto dello stato di diritto. Di solito esse sono effettuate alla luce dei diritti fondamentali costituzionali nazionali e delle disposizioni rilevanti dei trattati internazionali in materia dei diritti dell'uomo.

Orbene, in tale ottica, la Corte in quanto giudice comunitario, deve disporre di una base di competenza inattaccabile e superiore, qualora essa voglia correggere le decisioni prese entro i limiti, dettati dalle costituzioni nazionali e dal diritto internazionale di un Legislatore nazionale.

#### **4. Il concetto europeo di disabilità: una nozione aperta?**

La prudenza secondo quanto esposto dall'Avvocato generale, va applicata anzitutto rispetto alle scelte compiute *rationae materiae e rationae persone* dal legislatore comunitario, le quali non potranno essere ampliate mediante un riferimento al principio generale di parità.

E' in primo luogo da questa considerazione che nasce la necessità di un'interpretazione comunitaria uniforme alla nozione di disabilità: *non foss'altro che per assicurare al divieto di discriminazione un minimo di necessaria unità, nell'ambito dell'applicazione rationae materiae e rationae personae. Il novero delle persone tutelate e la delimitazione dei diritti funzionali da prendere in considerazione non possono essere discordanti. Nell'ipotesi contraria risulterebbe divergente all'interno della comunità, la tutela offerta al detto divieto di discriminazione.*

La seconda ragione che spinge ad adottare una nozione unitaria di disabilità, è che questa è indeterminata e si presta ad un gran numero di interpretazioni, anche a causa del fatto che la disabilità quale termine medico e medico-scientifico, ma anche nel suo significato sociale è soggetta ad una evoluzione abbastanza rapida, tanto che determinate caratteristiche possono presentare in un certo contesto sociale carattere di handicap, mentre ciò non accade in altri.

Al tempo stesso la combinazione di dinamismo e varietà che si manifesta nella percezione scientifica e nel trattamento sociale del fenomeno handicap impongono prudenza nella ricerca dell'uniformità. Dunque nell'analisi giuridica dell'Avvocato generale, il concetto di disabilità è "nozione mutevole e sensibile al contesto sociale, e non nozione puramente medica." Essa è divenuta progressivamente più ampia non solo perché a causa del miglioramento del livello generale della salute, coloro che non potevano beneficiare di tale miglioramento sono divenuti socialmente più visibili, ma perché vi è una migliore comprensione di che cosa costituisca disabilità

e del fatto che la percezione sociale di una data condizione, rileva tanto quanto una diagnosi medica.

Tutti questi elementi spingono a ritenere che non sia opportuno tentare di dare definizioni della nozione di disabilità, più o meno esaustive e definitive. L'interpretazione autentica da parte della Corte, dovrà fare riferimento ad una nozione aperta, che fornisca alcune linee guida di carattere generale ai giudici nazionali, capaci di condurre ad un'applicazione convergente della nozione senza per questo far perdere alla stessa il suo carattere dinamico e variabile.

Nel complesso l'Avvocato generale sembra aver fatto propri molti dei punti di vista sostenuti dagli esperti, che in questi anni hanno marcato i punti cardinali del discorso scientifico e politico comunitario, in materia di disabilità; nonché molti dei punti di vista sostenuti dalle ONG attive in questo campo.

Appare perfettamente consapevole dell'evoluzione che il trattamento del problema della disabilità ha conosciuto nel corso del tempo, negli ordinamenti giuridici europei, del passaggio dall'ottica della legislazione speciale, a quella della tutela antidiscriminatoria.

Nella pratica i problemi da risolvere, posti dal giudice nazionale sono:

- a) se sussista un determinato nesso tra disabilità e malattia, ove si considera che la malattia, al pari della disabilità è una condizione che potrebbe dar luogo a deficit atti a limitare fisicamente un individuo;
- b) se, non appena sia accertata la malattia, un lavoratore debba essere tutelato anche in base al divieto di discriminazione fondato sull'handicap, ecco che il passo si fa più cauto ed il tenore delle affermazioni si avvicina a quello tipico degli approcci più tradizionali al tema.

Le affermazioni dell'Avvocato generale sul punto meritano di essere riportate e commentate per esteso, nel loro impianto logico-giuridico, per mostrare in quale misura esse si discostino dalle indicazioni emerse negli ultimi anni dal dibattito dottrinale in materia.

*"I disabili sono persone con gravi limitazioni funzionali (handicap) derivanti da difetti fisici, mentali o psichici."* Da ciò deriva una duplice conseguenza: in primo luogo si deve trattare di limitazioni che trovano la loro causa in problemi di salute o anomalie fisiologiche dell'interessato ed esse devono essere di lunga durata oppure permanenti;

in secondo luogo il problema di salute quale causa di limitazione funzionale, in linea di principio, deve essere tenuto distinto da tale limitazione. Una malattia in quanto causa di un eventuale futuro handicap, non può essere assimilata all'handicap. Essa non fornisce pertanto un nesso con il divieto di discriminazione di cui all'art. 13 CE, in combinato disposto con la direttiva 2000/78.

Tutto ciò trova eccezione unicamente nel caso in cui, nel corso della malattia, si manifestino limitazioni funzionali di lunga durata o permanenti, che vanno considerate quali handicap anche a prescindere dalla malattia, che può ancora proseguire.

Come si può osservare molti degli *"indicatori"* suggeriti dal gruppo di esperti autori del Rapporto per la Commissione, non sono stati utilizzati. Questo, perché le limitazioni che incidono devono essere gravi, funzionali, di lunga durata o permanenti, e non possono riguardare situazioni future. Inoltre vi è scarsa attenzione alla reazione da parte del contesto circostante, nessun riferimento viene fatto ai soggetti che, pur non essendo disabili, svolgono funzioni di cura dei disabili.

La conclusione è che: una malattia in quanto causa di un eventuale futuro handicap in linea di principio, non può essere assimilata all'handicap. Essa non fornisce pertanto un nesso con il divieto di discriminazione di cui all'art.13 CE in combinato disposto con la direttiva 2000/78/79. Tutto ciò trova eccezione unicamente nel caso in cui, nel corso della malattia, si manifestino limitazioni di lunga durata o permanenti che vanno considerate quali handicap a prescindere dalla malattia che può ancora proseguire.

L'impressione che si ricava dalla lettura complessiva dell'opinione espressa è quella di una scissione del discorso, di una tensione tra esigenze normative e politiche diverse, che si risolve infine sacrificando le ragioni di una trattazione del tema della disabilità, coerente alla novità

dell'approccio adottato dal Legislatore comunitario, alle ragioni della salvaguardia di esigenze esterne al tema, quali quelle descritte nell'opinione dottrinale, ovvero, rispettare le scelte degli autori del Trattato, ripristinare i confini che delimitano le competenze comunitarie e nazionali, ricondurre l'operatività del principio di eguaglianza, entro i confini ricostruiti con cura dall'autore dell'opinione, secondo una interpretazione del tutto legittima (ma anche del tutto personale dei nessi esistenti, in questo ambito, fra i principi generali le clausole espresse di non discriminazione, il diritto derivato).

Il risultato è che la questione della definizione del concetto di disabilità, viene gravata da pesi impropri, quale è quello di tentare di convincere la Corte di Giustizia a tornare sulla retta via. Non è detto che il tentativo riesca, ma non è neppure detto che fallisca come dimostra la vicenda del *double standard* di decisione utilizzato dalla Corte nella trattazione di recenti cause.

Se così fosse ci troveremmo a vedere accolta dalla giurisprudenza comunitaria una nozione di disabilità che, contrariamente a quanto preannunciato dall'Avvocato generale, appare scarsamente aperta e, quel che è peggio, per motivi che hanno poco a che vedere con quelli che hanno condotto il giudice nazionale ad interrogare la Corte sull'estensione dell'ambito di operatività delle discriminazioni contro i disabili.

Va detto però che il caso da cui è nato il rinvio pregiudiziale, si riferiva ad una situazione particolare: si trattava del licenziamento di una lavoratrice in congedo di malattia da otto mesi ed in attesa di un'operazione; la malattia comportava l'assenza totale dal lavoro e dunque il mancato svolgimento della prestazione lavorativa.

Dalle informazioni assunte dal giudice presso il servizio sanitario pubblico era risultato che non ci si poteva attendere che la signora (Chacòn Navas) potesse tornare al lavoro in breve tempo, il licenziamento era stato già dichiarato dal giudice nazionale privo di giustificato motivo, imputabile unicamente all'assenza per malattia.

La qualificazione del licenziamento come discriminatorio rileva solo ai fini delle conseguenze: nel caso infatti di licenziamento ingiustificato il datore di lavoro può scegliere tra riassunzione e risarcimento, nel caso invece, di licenziamento discriminatorio, la sanzione è sempre quella della reintegrazione.

Il giudice spagnolo ha chiesto alla Corte di pronunciarsi non tanto sull'assimilabilità in sé della malattia alla disabilità, ma sui possibili collegamenti, nessi, tra disabilità e malattia, sul presupposto che la malattia potrebbe risolversi in una disabilità ampiamente intesa. Solo in via subordinata il giudice ha chiesto di estendere per analogia il divieto di discriminazione e la rete di sicurezza apprestata dalla Direttiva, dalla disabilità alla malattia. Forse la strada che la Corte potrebbe imboccare è quella di non operare un'estensione analogica del divieto di discriminazione, ma di accettare l'impostazione secondo la quale, la malattia possa essere presa in considerazione in quanto causa di una attuale o futura disabilità, anche al di fuori degli stretti confini individuati dall'Avvocato generale, quali le limitazioni funzionali di lunga durata o permanenti, nella consapevolezza che ove accettati, finirebbero per essere apposti non solo alla condizione di cui si chiede la qualificazione per analogia ma come *round*, di discriminazione, la malattia, ma anche a quella che funge da termine di riferimento, cioè la disabilità.

Se può essere ragionevole non assimilare in linea generale la prima condizione alla seconda, tanto più quando essa goda comunque di una forma, sia pure più attenuata di tutela, non altrettanto ragionevole è legare il rifiuto dell'assimilazione ad una indebita restrizione della nozione di disabilità. Pertanto adottare una nozione restrittiva del concetto, comporta una serie di conseguenze a cascata, quali quelle di escludere dall'ambito di tutela i *care givers*, i quali potrebbero non avere titolo neppure ad usufruire delle soluzioni ragionevoli di cui all'art. 5, il che costituirebbe un notevole passo indietro rispetto ai progressi compiuti su questo terreno da molti ordinamenti nazionali.



## **5. I collegamenti tra divieti di discriminazione diretta ed indiretta, cause di giustificazione e obbligo di adottare soluzioni ragionevoli.**

L'opinione citata dell'Avvocato generale, induce a riflessioni sull'argomento, ovvero il nesso tra discriminazione diretta ed indiretta, le cause di giustificazione, l'obbligo di adottare soluzioni ragionevoli.

E' interessante notare come dai lavori preparatori risulti che, ad una prima stesura della direttiva, l'obbligo del datore di lavoro, di provvedere a ragionevoli trattamenti per garantire il rispetto della parità di trattamento nei confronti dei disabili, salvo che implicasse un onere indebito (collocato nel punto 4 dell'art.2) è riferibile quindi tanto alla fattispecie della discriminazione diretta, che a quella della fattispecie indiretta. Successivamente il punto 4 è diventato una disposizione autonoma, mantenendo però nella disposizione di apertura, un legame strumentale con i divieti di discriminazione, grazie al richiamo al rispetto del principio di parità di trattamento, cui le soluzioni ragionevoli sono preordinate.

Subito dopo l'approvazione della direttiva, alcuni autori avevano osservato che il Legislatore comunitario non aveva stabilito una chiara correlazione fra divieti di discriminazione e obbligo di soluzioni ragionevoli. Dall'art. 5 della Direttiva, si ricava un obbligo di natura positiva, ma non era esplicitamente previsto che la mancata attivazione delle misure, rispondesse ad una discriminazione ed eventualmente a quale delle due forme, diretta ed indiretta.

Partendo da queste premesse alcuni commentatori avevano proposto di introdurre un'ulteriore forma di discriminazione, *sui generis*, consistente nella mancata adozione di soluzioni ragionevoli. Ma appare opportuno attraverso una lettura autentica della direttiva ricostruire i collegamenti tra le diverse previsioni, senza imprimere ulteriori spinte alla moltiplicazione di fattispecie.

E' necessario partire dalla distinzione tra discriminazioni dirette ed indirette. Il collegamento tra discriminazione diretta, misura adeguata e soluzione ragionevole, va stabilito non in relazione alla fase di giustificazione, poiché nessuna giustificazione è ammessa, ma a quella della comparazione, poiché quando si tratta cioè di stabilire se la persona disabile e quella che non lo è sono comparabili rispetto allo svolgimento di quelle funzioni essenziali del lavoro.

La dottrina, sulla base dell'esperienza giurisprudenziale anglosassone, ha chiarito in maniera puntuale il concetto di ragionevolezza nel contesto della tutela antidiscriminatoria dei disabili, precisando che la cd. "ragionevolezza" di una certa misura si riferisce alla sua effettività, intesa nel senso di idoneità a consentire ai disabili di accedere ad un lavoro o di mantenerlo.

Pertanto, l'analisi relativa ad i costi di tali misure, si colloca in una fase successiva. In tale logica il giudice potrà compiere il bilanciamento tra gli interessi del disabile e quelli dell'imprenditore non secondo una logica di contrapposizione, ma in modo da prendere in esame i guadagni e le perdite che nel complesso si realizzano nella fattispecie concreta. Ad esempio potrebbe valutare non solo il vantaggio del disabile, ma anche quello di altri lavoratori nel caso in cui vengono adottate misure più *friendly*, cioè che si adattano maggiormente alle esigenze individuali.<sup>5</sup>

Si rileva che in parte la Direttiva ricalca questa impostazione e anche le conclusioni dell'Avvocato generale forniscono un giudizio di bilanciamento non dicotomico:

*"Il requisito della ragionevolezza viene determinato nel merito anche dai costi legati ai mezzi da prendere in considerazione, dalla proporzionalità di tali costi nei limiti in cui essi non sono rimborsabili dalle autorità pubbliche e dalla riduzione o compensazione dell'handicap resa in tal modo possibile, nonché dalla 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>5</sup> Ciò è interessante, poiché rappresenterebbe uno di quei casi, che la dottrina ha finora solo ipotizzato, in cui la tutela dei diritti fondamentali è affidata al ricorso alla *soft law*.

Occorre segnalare che per quanto concerne l'Italia, non si sono ancora recepite le disposizioni della Direttiva quadro relativa ai disabili, in particolare la difesa specifica di cui all'articolo 2, punto 2b) ii, né l'obbligo di soluzioni ragionevoli, di cui all'articolo 5. Ci si chiede pertanto se in tali casi i singoli hanno il diritto di invocare dinanzi al giudice nazionale tali norme.

Secondo un'autorevole dottrina<sup>6</sup>, nel caso di mancato recepimento delle norme relative alle soluzioni ragionevoli, i giudici, sulla base dell'obbligo di interpretazione conforme che grava sulle corti nazionali, avrebbero potuto considerarle operanti. Infatti, secondo quanto affermato dall'Avvocato generale, l'obbligo di interpretazione conforme *“costituisce uno degli effetti “strutturali” della norma comunitaria che consente, assieme allo strumento più “invasivo” dell'efficacia diretta, l'adeguamento del diritto interno ai contenuti e agli obiettivi dell'ordinamento comunitario”*.

A maggior ragione si potrà far ricorso a tale modalità nel caso di una Direttiva per la quale sia già scaduto il termine per l'adeguamento del sistema nazionale. Dunque trovandosi il giudice a dover interpretare le norme nazionali che sanciscono lo stesso divieto posto dal diritto comunitario, potrà facilmente raggiungere un risultato conforme a quanto prescritto dalla stessa Direttiva. Tale ipotesi può apparire di difficile soluzione nel caso in cui nell'ordinamento nazionale manchi completamente una norma assimilabile alla nozione sancita dal diritto comunitario, a meno di non prendere in considerazione il riferimento al principio di parità di trattamento che apre la disposizione.

Nell'ipotesi in discussione pare corretto applicare la parte più innovativa della succitata sentenza Mangold e cioè quella relativa all'efficacia diretta dei divieti di discriminazioni stabiliti dalla Direttiva quadro, in quanto espressione del principio generale di uguaglianza. Seguendo tale logica il giudice adito potrebbe assicurare piena efficacia al divieto di discriminazioni basate sulla disabilità, applicando direttamente le definizioni comunitarie (vedi obbligo di soluzioni ragionevoli) e disapplicando le norme nazionali difformi.

## **6.. I soggetti svantaggiati e le misure di protezione sociale**

Le connessioni tra *welfare* e *svantaggio* sociale sono scandite dal Decreto Legislativo n. 276 del 2003 che detta una specifica definizione di lavoratore *svantaggiato* parzialmente mutuata dal diritto comunitario e concentrata non solo sull'aspetto del lavoratore, ma sulle misure legislative riservate e sull'individuazione degli effetti sulla protezione sociale.

L'individuazione dei soggetti svantaggiati nella fase precedente al decreto legislativo n. 276 del 2003 non si è rivelata facile; infatti il legislatore ha menzionato le persone svantaggiate nella legge n. 381 del 1991 riguardante le cooperative sociali (articolo 4),<sup>7</sup> mentre si parla di svantaggio sociale

---

<sup>6</sup> Moreau M. A., Les justifications des discriminations, in DS, n. 12/2002.

<sup>7</sup> Articolo 4. Persone svantaggiate. - 1. Nelle cooperative che svolgono le attività di cui all'articolo 1, comma 1, lettera b), si considerano persone svantaggiate gli invalidi fisici, psichici e sensoriali, gli ex degenti di istituti psichiatrici, i soggetti in trattamento psichiatrico, i tossicodipendenti, gli alcolisti, i minori in età lavorativa in situazioni di difficoltà familiare, i condannati ammessi alle misure alternative alla detenzione previste dagli articoli 47, 47-bis, 47-ter e 48 della legge 26 luglio 1975, n. 354, come modificati dalla legge 10 ottobre 1986, n. 663. Si considerano inoltre persone svantaggiate i soggetti indicati con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro del lavoro e della previdenza sociale, di concerto con il Ministro della sanità, con il Ministro dell'interno e con il Ministro per gli affari sociali, sentita la commissione centrale per le cooperative istituita dall'articolo 18 del citato decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 14 dicembre 1947, n. 1577, e successive modificazioni.

2. Le persone svantaggiate di cui al comma 1 devono costituire almeno il trenta per cento dei lavoratori della cooperativa e, compatibilmente con il loro stato soggettivo, essere socie della cooperativa stessa. La condizione di persona svantaggiata deve risultare da documentazione proveniente dalla pubblica amministrazione, fatto salvo il diritto alla riservatezza.

nella legge 104 del 1992 sull'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate (articolo 3),<sup>8</sup> materie dalle quali emergono problematiche anche a seguito dell'accordo col D.lgs n. 276 del 2003. Infatti vi è una certa difficoltà o forse addirittura impossibilità di fornire una univoca definizione di soggetto e lavoratore *svantaggiato* a causa della frammentarietà degli interventi normativi.

Come suggerito da Lassandri, è opportuno procedere assumendo come dato base che l'unico oggettivo indice di debolezza è nella specie dato dalla predisposizione ai strumenti di tutela nel mercato del lavoro.

Il legame tra svantaggio e mercato del lavoro emerge anche nell'articolo 2 comma 1, lettera k D.lgs n. 276/2003, secondo cui il lavoratore svantaggiato è qualsiasi persona appartenente ad una categoria che abbia difficoltà ad entrare senza assistenza nel mercato del lavoro.

Consapevoli che le difficoltà occupazionali non esauriscono i fattori di svantaggio sociale, è opportuno circoscrivere l'indagine allo scopo di fornire una trattazione esauriente degli intrecci tra svantaggio occupazionale e sistemi di *welfare*. D'altra parte se l'integrazione sociale dei soggetti svantaggiati non si esaurisce nel conseguimento di una piena e pari opportunità nel mondo del lavoro, non se ne può prescindere.

In quest'ottica il genere e gli altri fattori soggettivi, non figurano tra i fattori di svantaggio; le conseguenze negative, in termini occupazionali, che derivano ai gruppi individuati da tali fattori, sono il frutto di discriminazioni di ordine sociale e culturale.

Pertanto lo svantaggio costituisce conseguenza di comportamenti sociali e modelli culturali che creano una situazione di effettiva disparità di condizioni e dunque categorie sociali svantaggiate. (Corte Cost. Sent. n. 109 del 1993)

Quale tutela viene accordata ai lavoratori svantaggiati nel mercato del lavoro? Anche in questo caso si possono condividere le conclusioni di Lassandri, secondo cui nella fase antecedente al D. lgs n. 276/2003, piuttosto che della coerente realizzazione di un modello, sarebbe più corretto parlare, di insieme disorganico e frammentato di norme che costituisce il prodotto di singole emergenze ed il frutto di pressioni di *lobbies*.

In generale, si può rilevare che, nel tentativo di dare attuazione al disposto costituzionale, il Legislatore ha garantito ai lavoratori una tutela di tipo sia economico che occupazionale: l'una rivolta alla reintegrazione del reddito del cittadino lavoratore rimasto privo di occupazione, fino a raggiungere i livelli di adeguatezza alle esigenze di vita prescritte dall'art. 38 2° comma della Costituzione, ovvero di attenuare le conseguenze dell'evento lesivo: l'altra, presidio dell'effettività della garanzia costituzionale del diritto al lavoro prevista dagli artt. 4 e 35 diretta ad incentivare l'impiego dei soggetti beneficiari del mercato, rimuovendo per tale via la causa dello stato di bisogno.

---

3. Le aliquote complessive della contribuzione per l'assicurazione obbligatoria previdenziale ed assistenziale dovute dalle cooperative sociali, relativamente alla retribuzione corrisposta alle persone svantaggiate di cui al presente articolo, sono ridotte a zero.

<sup>8</sup> Articolo 3 Soggetti aventi diritto. 1. E' persona handicappata colui che presenta una minorazione fisica, psichica o sensoriale, stabilizzata o progressiva, che è causa di difficoltà di apprendimento, di relazione o di integrazione lavorativa e tale da determinare un processo di svantaggio sociale o di emarginazione. 2. La persona handicappata ha diritto alle prestazioni stabilite in suo favore in relazione alla natura e alla consistenza della minorazione, alla capacità complessiva individuale residua e alla efficacia delle terapie riabilitative. 3. Qualora la minorazione, singola o plurima, abbia ridotto l'autonomia personale, correlata all'età, in modo da rendere necessario un intervento assistenziale permanente, continuativo e globale nella sfera individuale o in quella di relazione, la situazione assume connotazione di gravità. Le situazioni riconosciute di gravità determinano priorità nei programmi e negli interventi dei servizi pubblici. 4. La presente legge si applica anche agli stranieri e agli apolidi, residenti, domiciliati o aventi stabile dimora nel territorio nazionale. Le relative prestazioni sono corrisposte nei limiti ed alle condizioni previste dalla vigente legislazione o da accordi internazionali.

## 7. La controversa interpretazione del Decreto Legislativo n. 276/2003

Il D. lgs n. 276/2003 come sopra indicato, costituisce la norma paradigmatica in materia. Il Ministero del Lavoro con Circ. 23 ottobre 2004 n. 41, ha chiarito l'operatività dell'articolo 13 che costituisce il fulcro della disciplina. Presenta una importante ambizione, rubricato "raccordo pubblico privato", tenta di co-responsabilizzare gli operatori privati e pubblici nei confronti dei lavoratori svantaggiati. Invero l'intera disciplina del mercato del lavoro contenuta nella riforma Biagi, è ispirata all'idea di raccordo e cooperazione tra operatori pubblici e privati, come risulta a titolo esemplificativo alla relazione di funzionamento della borsa continua nazionale del lavoro, e dal regime degli accreditamenti.

Rispetto a queste misure l'art. 13 si caratterizza per due profili: da un lato si tratta di una norma a carattere espressamente sperimentale; dall'altro si inquadra nelle politiche di promozione dell'occupazione, dirette a sostituire le prestazioni assistenziali di *welfare* state con interventi promozionali del lavoro sociale, comunemente indicati come politiche di *workfare*.

Il profilo di maggiore novità dell'articolo 13, è quello di aver progettato un modello virtuoso di cooperazione tra pubblico e privato diretto a coniugare efficienza e rapidità di chi opera per il mercato, con le responsabilità e le funzioni di tutela dell'interesse generale proprie dell'attore pubblico, consentendo altresì di valutare se anche gli operatori privati possano essere attivamente coinvolti nella gestione delle fasce più deboli del mercato del lavoro, evitando il rischio di abbandonare alle inefficienze del pubblico i gruppi a rischio di esclusione sociale.

Tutto questo attraverso la previsione di incentivi normativi ed economici che stimolino le agenzie di somministrazione di lavoro e le aziende utilizzatrici a farsi carico delle fasce più deboli del mercato. L'operatività dell'articolo 13 è rimessa alla legislazione regionale. In attesa delle discipline regionali, la sperimentazione<sup>9</sup> di queste innovative e delicate politiche di *workfare* potrà tuttavia essere avviata anche attraverso apposite convenzioni stipulate tra operatori privati autorizzati, e Regioni, Province o Comuni, ai sensi del comma 6 dell'articolo 13.

La scarna disciplina contenuta nel D. lgs 10.09. 2003 n. 276, peraltro come evidenziato nel corso dei primi mesi di applicazione, ha suscitato diversi interrogativi e problemi pratici che hanno reso necessario un chiarimento da parte del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali.

---

<sup>9</sup> Si segnala una prima sperimentazione avviata presso il Comune di Milano in convenzione con Regione, Provincia e Ministero del lavoro e delle Politiche Sociali.