

Suonala ancora Sam: la Corte di giustizia dell'Unione europea e le discriminazioni nei confronti delle persone con disabilità sul posto di lavoro

di Paolo Addis

Title: Play it again Sam: The EU Court of Justice and the discriminations against persons with disabilities on the workplace

Keywords: Disability; Reasonable accommodation; Dismissal.

1. – La Corte di giustizia dell'Unione europea si è occupata in più occasioni della condizione giuridica delle persone con disabilità, con riferimento a quanto prescritto dalla direttiva 2000/78/CE. Quest'ultima ha come obiettivo il contrasto alle discriminazioni in ambito lavorativo, avendo riguardo a una serie di condizioni personali (religione, convinzioni personali, handicap, età, tendenze sessuali); tuttavia, dal momento che l'atto in questione non definisce che cosa debba intendersi per «handicap» o per disabilità, è stata la Corte a dover chiarire, nella propria giurisprudenza, una nozione utilizzabile ai fini dell'applicazione uniforme del diritto antidiscriminatorio dell'Unione. Si tratta di un percorso che ha una durata ormai ultradecennale e che è stato oggetto di un'attenta analisi da parte della letteratura giuridica (cfr. *ex multis* S. Favalli, D. Ferri, *Defining Disability in the EU Non-Discrimination Legislation: Judicial Activism and Legislative Restraints*, in *European Public Law*, Vol. 22, 3, 2016, pp. 541-567; L. Waddington, *Saying all the Right Things and Still Getting it Wrong. The Court of Justice's Definition of Disability and Non-Discrimination Law*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 22, 4, 2015, pp. 576-591).

Questa nota contestualizza la decisione in commento all'interno di questo più ampio contesto giurisprudenziale, offrendo qualche spunto relativo ai motivi di interesse che essa può rivestire in prospettiva comparata, con riferimento all'impatto della decisione in questione sugli ordinamenti nazionali. Inoltre, presenta gli aspetti problematici relativi all'adattamento del diritto dell'Unione europea ai principi e alle norme contenute all'interno della Convenzione delle Nazioni unite sui diritti delle persone con disabilità.

2. – La decisione che qui si commenta nasce da una richiesta *ex art. 267* del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, presentata dal *Juzgado de lo Social n. 3* di Barcellona.

I fatti della vita da cui scaturisce la vicenda giudiziale sono facilmente sintetizzabili. DW viene assunta, il 1° luglio del 2004, dalla Nobel Plastiques Ibérica,

un'azienda che ha sede nel capoluogo catalano e produce componenti per l'industria automobilistica. Avendo figli in affidamento, DW effettua orari ridotti. Durante i suoi turni, al mattino e di notte, è addetta alla sagomatura dei tubi in plastica; lavora per 35 ore settimanali. Nel corso del 2011, a DW viene diagnosticata un'epicondilite: si tratta di una patologia ricompresa fra le sindromi da sovraccarico biomeccanico degli arti superiori, che colpisce il gomito. È un disturbo qualificabile come malattia professionale. DW deve sottoporsi a un intervento chirurgico nelle prime settimane del 2012 e si assenta dal lavoro in più occasioni, per un'inabilità temporanea, nel lasso di tempo compreso fra il settembre del 2011 e l'aprile del 2014. Un disturbo d'ansia ha poi causato altri periodi di assenza dal lavoro; uno di alcuni mesi (dal settembre del 2015 alla fine di marzo dell'anno successivo), l'altro decisamente più breve (dal 6 al 20 maggio del 2016).

Nel dicembre del 2011, DW è stata inserita fra «i lavoratori particolarmente sensibili ai rischi professionali». Secondo il diritto spagnolo, ai sensi dell'art. 25 della *Ley* 31 del 1995, deve essere specificamente garantita «la tutela dei lavoratori che, per le loro stesse caratteristiche personali o per il loro stato di salute noto, compresi i lavoratori a cui è stata riconosciuta una condizione di disabilità fisica, psichica o sensoriale, risultano particolarmente sensibili ai rischi derivanti dal lavoro», tramite appropriate e attente valutazioni dei rischi da parte del datore di lavoro. Spetta a quest'ultimo adottare le misure preventive e di protezione necessarie, in funzione delle valutazioni dei rischi. La disciplina nazionale dispone inoltre che i lavoratori non siano «assegnati ai posti di lavoro nei quali possano, per le loro stesse caratteristiche personali, per il loro stato di salute o per una disabilità fisica, psichica o sensoriale debitamente riconosciuta, porre se stessi, gli altri lavoratori o altre persone legate all'impresa in situazioni di pericolo; in generale, essi non sono assegnati a posti del genere quando si trovano manifestamente in uno stato o in una situazione transitori non rispondenti ai requisiti fisici e mentali necessari per coprire i posti di lavoro di cui trattasi.»

2970

Col trascorrere del tempo le condizioni di DW non migliorano: nel corso del 2016 è costretta a rivolgersi ripetutamente al medico dell'impresa e chiede diverse volte un adattamento del posto di lavoro alle sue condizioni fisiche. A partire dall'estate del 2016, DW si assenta dal lavoro in diverse occasioni; a ogni rientro in azienda viene sottoposta a un controllo medico che ne conferma l'idoneità al lavoro, pur con alcune limitazioni (in particolare, vengono indicati, quali compiti adatti, quelli che comportino il maneggiare tubi di dimensioni ridotte, evitando quelli più grandi e pesanti).

A questo punto, però, si verificano gli eventi che conducono DW e la Nobel Plastiques Ibérica davanti a un giudice.

Dovendo licenziare una parte dei suoi lavoratori per ragioni oggettive, l'azienda adotta, con riferimento al 2016, quattro criteri per selezionare il personale in esubero: i) l'assegnazione ai processi di assemblaggio e di sagomatura di tubi in materia plastica; ii) una produttività inferiore al 95%; iii) una minore polivalenza all'interno dell'azienda; iv) la dimostrazione di un elevato tasso di assenteismo.

DW corrisponde perfettamente all'identikit di chi perderà il suo posto di lavoro: è addetta all'assemblaggio e alla sagomatura dei tubi di plastica, la sua produttività è sotto il 60%, le può essere assegnato un numero ridotto di compiti (non è quindi 'polivalente') e si è assentata spesso dal lavoro.

La lettera di licenziamento, dovuto a ragioni oggettive, arriva nel marzo del 2017, in un momento in cui DW è inabile al lavoro; la comunicazione da parte del datore fa riferimento a motivi economici, tecnici, di produzione e di organizzazione. Oltre a DW vengono licenziati altri nove dipendenti. DW ricorre contro il licenziamento presso lo *Juzgado de lo Social* di Barcellona; come detto, è stato quest'ultimo a porre alla Corte di giustizia le domande cui dà risposta la sentenza in commento.

3. – Il primo degli interrogativi sollevati dal giudice del rinvio riguarda la nozione di lavoratori particolarmente sensibili ai rischi, tratteggiata dall'art. 25 della l. 31/1995, già richiamato *supra*: la loro condizione può essere ricondotta alla nozione di disabilità, ai fini dell'applicazione della direttiva 2000/78?

Se questa prima domanda ha una risposta affermativa, il giudice catalano ne pone alla Corte del Lussemburgo altre tre.

Il licenziamento di una lavoratrice con disabilità (perché, appunto, particolarmente sensibile ai rischi a causa di una patologia) dovuto a ragioni economiche, tecniche, organizzative e produttive, riconnesse i) alla difficoltà nel raggiungere dei livelli di produttività minimi, ii) *aut* a una ridotta polivalenza, iii) *aut* ad assenze prolungate dal lavoro, può essere considerato direttamente o indirettamente discriminatorio?

3.1. – L'*iter* logico-giuridico della Corte parte, ancora una volta, da una ripermisurazione del concetto di disabilità: lo stato di salute di DW rientra nella nozione di «handicap» ai sensi della direttiva 2000/78?

Preliminarmente, i giudici del Lussemburgo sottolineano che l'Unione europea ha approvato la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità (d'ora in avanti, semplicemente Convenzione ONU) con la decisione 2010/48. Quanto previsto dalla Convenzione è quindi entrato a far parte dell'ordinamento dell'Unione europea; nell'allegato II alla decisione del 2010, peraltro, si sottolinea come l'ambito regolato dalla direttiva in questione sia uno di quelli su cui la Convenzione stessa va a incidere, come sottolineato già più volte da precedenti decisioni della Corte stessa. Vengono richiamati, in particolare, i casi *HK Danmark* (C-335/11 e C-337/11), e *Daouidi* (C-395/15). Ciò implica che la direttiva, se del caso, deve essere interpretata in maniera quanto più possibile conforme a quanto previsto nella Convenzione medesima.

La nozione di «handicap» a cui si riferisce la direttiva 2000/78, quindi, «dev'essere intesa nel senso che si riferisce a una limitazione della capacità, risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche durature, che, in interazione con barriere di diversa natura, può ostacolare la piena ed effettiva partecipazione dell'interessato alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori» (§ 41; fra le sentenze richiamate, oltre a *HK Danmark*, v. *Ruiz Conejero*, C-270/16). La direttiva non copre soltanto gli handicap congeniti o derivanti da incidenti, escludendo quindi quelli derivanti da una malattia. Se gli handicap derivanti da un'infermità fossero esclusi dall'ambito d'applicazione della direttiva, infatti, si produrrebbe un risultato paradossale, contrario alle finalità della direttiva stessa, dal momento che si produrrebbero conseguenze differenti per situazioni uguali, soltanto in ragione «della causa della disabilità»; inoltre, si precisa che la nozione di handicap deve essere intesa come ostacolo a svolgere un'attività professionale e non come un'impossibilità a svolgere tale attività (§§ 42-43). Viene poi toccato un aspetto che la Corte di giustizia aveva già affrontato, più diffusamente, nella sentenza *Daouidi*, circa la durata della limitazione della capacità e la lunghezza del periodo necessario per il superamento della menomazione. Appena oltre, la Corte precisa che le valutazioni relative agli accomodamenti ragionevoli di cui all'art. 5 della direttiva si collocano a valle rispetto alla «constatazione dell'esistenza di un "handicap"» (§ 46).

3.2. – A questo punto, esaurite le considerazioni preliminari, la Corte passa a esaminare il caso di specie, rimarcando che le questioni pregiudiziali riguardano una lavoratrice che «a causa di una malattia [...] ha sofferto, per un lungo periodo, di una limitazione della sua capacità lavorativa risultante da menomazioni fisiche» (§ 47); il fatto che DW fosse qualificata come lavoratrice particolarmente sensibile ai rischi professionali non

costituisce, di per sé, un motivo sufficiente per qualificarla come persona con disabilità ai sensi della direttiva 2000/78. La definizione di lavoratore particolarmente sensibile che si rinviene nella legge spagnola del 1995 non è sovrapponibile a quella di disabilità, *supra* riportata, esposta dalla Corte al § 41 della sentenza che qui si commenta. È quindi necessario che il giudice nazionale verifichi se lo stato di salute di DW abbia cagionato una limitazione delle capacità tale da rientrare all'interno delle coordinate tracciate dalla Corte stessa. In tal caso, quindi, si potrebbe dire che DW, nel momento in cui viene licenziata, è in una condizione di disabilità ai sensi del diritto dell'Unione europea.

La risposta alla prima domanda posta dal *Juzgado de lo Social* di Barcellona è quindi positiva, alle condizioni appena illustrate.

3.3. – Una volta risolta la prima questione pregiudiziale, la Corte deve affrontare altri tre interrogativi, logicamente subordinati alla prima domanda sottoposta alla sua attenzione.

Per quanto concerne la seconda, la terza e la quarta questione pregiudiziale, il giudice del Lussemburgo richiama il fatto che esse riguardano il licenziamento per «ragione oggettive» del lavoratore con disabilità, giustificato sulla base di circostanze oggettive (raggiungimento di una certa quota di produttività, dimostrazione di una minore polivalenza sul luogo di lavoro, tasso di assenteismo elevato).

Il licenziamento di DW, basato su simili criteri, è direttamente o indirettamente discriminatorio?

La Corte rileva innanzitutto come i criteri appena enumerati siano applicati in maniera identica a persone con disabilità e a persone senza disabilità. Non si tratta, quindi, di una discriminazione diretta, dal momento che essa si produrrebbe se avesse luogo una differenza di trattamento direttamente riconnessa alla disabilità (§ 57).

Per quanto riguarda l'esistenza di una discriminazione indiretta, i giudici del Lussemburgo osservano che i criteri di selezione utilizzati dalla Nobel Plastiques sono apparentemente neutri (§ 58).

Tuttavia, il criterio di selezione fondato sull'assenteismo è svantaggioso per il lavoratore con disabilità: «un lavoratore disabile è, in linea di principio, più esposto al rischio di registrare un tasso di assenteismo elevato rispetto a un lavoratore non disabile, dal momento che è soggetto all'ulteriore rischio di essere assente a causa di una malattia collegata alla sua disabilità.» (così al § 59). Un analogo rilievo può essere mosso per quel che concerne gli altri criteri oggettivi utilizzati dal datore di lavoro di DW: per il giudice del Lussemburgo «alla luce dei criteri di selezione per procedere al licenziamento, consistenti nel raggiungimento di una produttività inferiore a un livello determinato e nella dimostrazione di una minore polivalenza nei posti di lavoro dell'impresa, un lavoratore disabile, a causa della limitazione della sua capacità, è, in linea di principio, meno idoneo ad ottenere risultati positivi rispetto a un lavoratore non disabile» (§ 60).

Però la Corte, appena dopo, sottolinea che la direttiva stessa fissa delle condizioni che escludono che un trattamento sfavorevole si trasformi in una discriminazione indiretta.

La condotta discriminatoria non avrà luogo se «il datore di lavoro o qualsiasi persona o organizzazione a cui si applica la presente direttiva sia obbligato dalla legislazione nazionale ad adottare misure adeguate, conformemente ai principi di cui all'articolo 5, per ovviare agli svantaggi provocati da tale disposizione, tale criterio o tale prassi.»

Le «misure adeguate» previste dalla direttiva e rievocate dalla Corte sono le soluzioni (o accomodamenti) ragionevoli: come specificato dall'art. 5 della direttiva, «[p]er garantire il rispetto del principio della parità di trattamento dei disabili, sono

previste soluzioni ragionevoli. *Ciò significa che il datore di lavoro prende i provvedimenti appropriati, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, per consentire ai disabili di accedere ad un lavoro, di svolgerlo o di avere una promozione o perché possano ricevere una formazione, a meno che tali provvedimenti richiedano da parte del datore di lavoro un onere finanziario sproporzionato. Tale soluzione non è sproporzionata allorché l'onere è compensato in modo sufficiente da misure esistenti nel quadro della politica dello Stato membro a favore dei disabili.»* (corsivo aggiunto).

Come già emerso in altre pronunce della Corte, il riferimento alle «soluzioni ragionevoli» va inteso con riguardo all'eliminazione delle barriere, di differente natura, che ostacolano la piena ed effettiva partecipazione dei lavoratori con disabilità alla vita professionale «su base di uguaglianza con gli altri lavoratori» (§§ 62-64).

Nel caso di specie, il diritto nazionale, stando alla decisione del giudice del rinvio, contiene una previsione secondo cui il datore di lavoro deve adottare misure tese alla prevenzione o alla compensazione degli svantaggi derivanti da disabilità come garanzia della piena parità sul lavoro. Effettivamente, dalla lettura dell'art. 40 del *Real Decreto Legislativo 1/2013*, traspare chiaramente come si tratti di disposizioni che traspongono all'interno dell'ordinamento spagnolo, pressoché letteralmente, quanto previsto dal diritto europeo; la disposizione in questione, al suo I comma, afferma che «Para garantizar la plena igualdad en el trabajo, el principio de igualdad de trato no impedirá que se mantengan o adopten medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por motivo de o por razón de discapacidad»; di seguito, si statuisce che «Los empresarios están obligados a adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta, con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario».

Secondo la ricostruzione dei fatti esposta dal giudice del rinvio, DW ha beneficiato, nel corso della propria esperienza lavorativa, di diversi adeguamenti (ad esempio, come evidenziato sopra, con riguardo alla dimensione dei tubi da maneggiare). La valutazione circa la congruità degli accorgimenti adottati rispetto alla nozione di soluzione ragionevole ai sensi dell'art. 5 della direttiva 2000/78 spetta al giudice nazionale, acquisito ogni elemento utile ai fini della valutazione (§ 70). Se dovesse emergere un'insufficienza o un'inadeguatezza delle soluzioni adottate dalla parte datoriale si dovrebbe quindi qualificare il licenziamento subito da DW come indirettamente discriminatorio: la Corte sottolinea come, ai sensi della Convenzione ONU, il rifiuto di un accomodamento ragionevole costituisca una discriminazione.

Va infatti ricordato come l'art. 2 della Convenzione stessa statuisce che «per “discriminazione fondata sulla disabilità” si intende qualsivoglia distinzione, esclusione o restrizione sulla base della disabilità che abbia lo scopo o l'effetto di pregiudicare o annullare il riconoscimento, il godimento e l'esercizio, su base di uguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale, culturale, civile o in qualsiasi altro campo. Essa include ogni forma di discriminazione, compreso il rifiuto di un accomodamento ragionevole».

Va poi evidenziato che i giudici del Lussemburgo sottolineano che la direttiva, in ogni caso, come specificato al considerando 17, «non prescrive l'assunzione, la promozione o il mantenimento dell'occupazione né prevede la formazione di un individuo non competente, non capace o non disponibile ad effettuare le funzioni essenziali del lavoro in questione, fermo restando l'obbligo di prevedere una soluzione appropriata per i disabili».

In conclusione, quindi, con riferimento alla seconda, terza e quarta domanda sottoposte alla sua attenzione, la Corte di giustizia chiarisce che il licenziamento di una

persona con disabilità a seguito di valutazioni di carattere oggettivo, come quelle utilizzate nel caso di specie, può avere un carattere indirettamente discriminatorio, fatto salvo il caso in cui il datore abbia adottato accomodamenti ragionevoli, per garantire il rispetto del principio della parità di trattamento.

È, quest'ultima, una circostanza che spetta al giudice nazionale verificare.

4. – La decisione della Corte, come detto, restituisce il pallino del gioco al giudice nazionale: è al *Juzgado de lo Social* di Barcellona che spetterà decidere, finalmente, se DW si sia trovata in una condizione di disabilità o meno e se il suo licenziamento sia discriminatorio o no. Ma come si pone, in linea di massima, l'ordinamento spagnolo rispetto alla discriminazione lavorativa nei confronti delle persone con disabilità? Si tratta di una domanda lecita, tanto più se si osserva che diverse delle sentenze richiamate poco sopra (*Chacón Navas*, *Ruiz Conejero*, *Daouidi*) sono scaturite da rinvii ex art. 267 TFUE operati proprio da giudici iberici; anzi, il caso *Daouidi* e il caso DW sono di competenza della medesima autorità giurisdizionale nazionale.

Sul punto, possono tornare utili alcune riflessioni formulate dalla dottrina spagnola nel commentare la sentenza *Daouidi* e il suo seguito nella giurisprudenza interna.

Si può in fatti rilevare come la distinzione fra infermità (*enfermedad*) e disabilità (*discapacidad*), che la Corte di giustizia UE ha riconosciuto sin da *Chacón Navas* e ha poi mantenuto ferma anche nella decisione qui commentata, trovi un riscontro rilevante nelle sentenze del *Tribunal Supremo* e del *Tribunal Constitucional*.

Come rilevato da Ferrando García, quando il *Juzgado de lo Social* n. 33 di Barcellona si è pronunciato con riferimento alle vicende del sig. Daouidi (sent. 472/2016), la decisione è stata nel senso che la decisione dovesse considerarsi nulla, perché discriminatoria a cagione di una disabilità, ai sensi della direttiva 2000/78. Ciò sulla base, tra l'altro, della circostanza che i rilievi mossi dal datore di lavoro a proposito del rendimento del sig. Daouidi erano poco significativi o generici. La sentenza 472/2016 è stata poi revocata, nel 2017, dal *Tribunal Superior de Justicia* della Catalogna, sulla base di una corposa giurisprudenza del *Tribunal Supremo* e del *Tribunal Constitucional* spagnolo, volta a stabilire l'*improcedencia* del licenziamento del lavoratore a causa di assenze per motivi di salute, piuttosto che la sua nullità (cfr. F. M. Ferrando García, *La incapacidad temporal de duración larga y encierta como causa de Primera doctrina judicial española tras la STJUE de 1 de diciembre 2016, caso Daouidi. SJS núm. 33, de Barcelona de 23 diciembre de 2016 [AS 2016, 1794] y STSJ Cataluña, de 12 de junio de 2017 [JUR 2017, 200425]*, in *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 202, Ott. 2017, pp. 237-246; fra gli altri commenti all'impatto di Daouidi sull'ordinamento spagnolo, si vedano altresì F. J. Hierro Hierro, *Despido y procesos de incapacidad temporal: una aproximación a la doctrina judicial y jurisprudencial española antes y tras la STJUE de 1 De Diciembre de 2016, Daouidi, Asunto C-395/15*, in *Revista Galega de Dereito Social*, 4, 2017, pp. 91-132; L. M. Munín Sánchez, *Incapacidad temporal y despido. A propósito de una sentencia del Tribunal del Justicia de la Unión Europea de 1 de Diciembre de 2016, Asunto Daouidi, C-395/15*, in *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, Vol. 21, 2017, pp. 384-391).

In particolare, il TC, nella sentenza 62/2008, aveva stabilito che un licenziamento per malattia non costituisce di per sé un licenziamento discriminatorio (e, quindi, nullo), dal momento che l'infermità non ricadrebbe nell'area di tutela predisposta dall'art. 14 della Costituzione spagnola del 1978 (ove si afferma che «Gli spagnoli sono uguali di fronte alla legge, senza che prevalga alcuna discriminazione per motivi di nascita, razza, sesso, religione, opinione e qualsiasi altra condizione o circostanza personale o sociale.»)

Non è questa, ovviamente, la sede per affrontare un tema, come quello dell'incapacità lavorativa temporanea, ampiamente dibattuto dalla dottrina spagnola, non direttamente rilevante in ordine all'analisi della sentenza che qui si analizza. Sia qui sufficiente sottolineare come la posizione assunta dal TC con la succitata sent. 62/2008 e le critiche giurisprudenziali e dottrinali siano indicative di tensioni che – appunto – richiedono un'intensa attività ermeneutica per garantire la conformità del diritto interno al diritto dell'Unione europea. Peraltro, come segnalato da José Luis Moreneo Pérez, anche nell'ordinamento spagnolo la condizione delle persone con disabilità, nel prisma del diritto del lavoro, pare doversi definitivamente inquadrare in un'ottica multilivello; non solo per l'influenza, già rimarcata, del diritto dell'Unione europea, ma anche perché, come evidenziato all'interno del preambolo del già citato *Decreto Legislativo 1/2013*, la Convenzione ONU ha costituito il riferimento principale del testo normativo in questione, improntandolo al modello sociale della disabilità (cfr. J. L. Moreneo Pérez, *Principio de igualdad y despido por ineptitud o discapacidad: la protección garantista multinivel*, in *Lex Social*, vol. 9, núm. 1, 2019, pp. 681-746; per una valutazione sull'impatto della Convenzione ONU sull'ordinamento spagnolo e – in particolare – sul suo formante giurisprudenziale, cfr. I. Campoy Cervera, *Spain*, in A. Lawson – L. Waddington, *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities in Practice: A Comparative Analysis of the Role of Courts*, OUP, Oxford, 2018, pp. 385-416).

A quanto osservato si aggiunga il fatto che l'ordinamento spagnolo ha affrontato, nel corso degli ultimi dieci anni, profondamente segnati dalla crisi economico-finanziaria, un processo di erosione della dimensione costituzionale del lavoro: molte delle riforme varate dalla Spagna in questo settore paiono considerare il lavoro essenzialmente nella sua dimensione privata e contrattualistica, piuttosto che in una prospettiva collettiva e inerente all'interesse generale (si veda, al riguardo, A. Baylos, *La deconstitucionalización del trabajo en la reforma laboral del 2012*, in *Revista de Derecho Social*, n. 61, 2013, pp. 19-41; v. part. p. 41).

Se si guarda all'ordinamento spagnolo in prospettiva comparata, si può rilevare come, per certi versi, esso regoli il licenziamento del lavoratore afflitto da infermità cronica in maniera simile a quello italiano (cfr. S. Martínez Fernandez, *Enfermedad crónica y despido del trabajador: una perspectiva comparada*, in *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 3, 1, 2015). In entrambi i casi, infatti, si vieta espressamente il divieto di discriminazione a causa di una disabilità, ma non quello a causa di una malattia. È una posizione – rileva Martínez Fernandez – abbracciata da diversi ordinamenti europei, pur con differenze sensibili, sia in ordine al livello a cui sono collocate le previsioni antidiscriminatorie nel sistema delle fonti (si pensi, ad esempio, a quanto statuito dall'art. 3 del GG tedesco, ove si afferma che «Nessuno può essere discriminato a causa di un suo handicap»; per un inquadramento dell'evoluzione del diritto antidiscriminatorio in Germania, si veda K. C. Heyer, *The ADA on the Road: Disability Rights in Germany*, in *Law and Social Inquiry*, Vol. 27, 4, 2002, pp. 723-762), sia per quanto riguarda l'ampiezza della nozione di disabilità adottata (si pensi, ad esempio, con l'*Equality Act* britannico del 2010; per un'analisi critica dell'*Equality Act* 2010, la cui nozione di disabilità sarebbe persistentemente ancorata al modello medico della disabilità, si rimanda a S. Butler Fraser, *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Does the Equality Act 2010 Measure up to UK International Commitments?*, in *Industrial Law Journal*, Vol. 40, 4, 2011, pp. 428-438: Butler Fraser rilevava che «The CRPD's definition of disability is in stark contrast to the provisions on disability in the Equality Act 2010»; per una recente ricognizione sul lavoro delle persone con disabilità nel Regno Unito, si veda R. Morris, *Disabled People and Employment. A UK Perspective*, in N. Watson – S. Vehmas (eds.), *Routledge Handbook on Disability Studies*, II ed., Routledge, Londra, 2019, pp. 250-264). Ma è comunque necessario tenere presente il fatto che non è una scelta unanime; in Francia, a differenza

di quanto previsto negli ordinamenti or ora citati, la malattia è espressamente prevista fra le cause che possono fondare una condotta discriminatoria: infatti, l'art. 1132-1 del *Code du travail* prevede che «Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de nomination ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte [...] en raison de son état de santé, de sa perte d'autonomie ou de son handicap [...]».

Si tratta di questioni e vicende su cui, focalizzando l'attenzione sull'ordinamento italiano, si è recentemente registrata un'interessante innovazione giurisprudenziale: la Corte di Cassazione, con la sent. 6798 del 2018, ha dovuto riaffrontare il *punctum crucis* della nozione di disabilità, confrontandosi proprio con la giurisprudenza della Corte di giustizia e il relativo obbligo di predisporre accomodamenti ragionevoli per evitare che vengano poste in essere condotte discriminatorie (cfr. anche Cass. 27243 del 2018; si veda almeno il commento di M. Aimò, *Inidoneità sopravvenuta alla mansione e licenziamento: l'obbligo di accomodamenti ragionevoli preso sul serio dalla Cassazione*, in *Rivista Italiana di diritto del lavoro*; fasc. 2, 2019, Giurisp., pp. 161-167; l'Autrice in questione, peraltro, sottolinea come il Supremo consesso abbia evitato, ancora una volta, di prendere in considerazione la qualificazione del licenziamento per inidoneità sopravvenuta: «se esso, cioè, sia qualificabile come ingiustificato, come la giurisprudenza di legittimità sembra continuare a fare, oppure se esso vada considerato come licenziamento discriminatorio per disabilità, come iniziano ad affermare alcuni giudici di merito» [così a p. 167]; decisione niente affatto scevra di ricadute pratiche, dal momento che comporta una diversa ripartizione dell'onere probatorio e differenti conseguenze sanzionatorie).

È possibile formulare qualche previsione sul seguito della pronuncia dei giudici del Lussemburgo a proposito del caso DW nel diritto spagnolo?

2976

Non è facile, al momento, dire quale impatto avrà la decisione che qui si commenta: tuttavia, la sua portata pare, di primo acchito, meno ampia di quella del caso *Daouidi*, ove l'oggetto della questione (ovvero, la determinazione della durata temporale di una data condizione di salute, affinché potesse parlarsi di disabilità) era sicuramente tale da comportare una maggiore eco. È certamente possibile che la giurisprudenza spagnola, a seguito di DW c. Nobel, guardi con maggiore attenzione alla condizione dei lavoratori che rientrano nella categoria definita dall'art. 25 della *Ley* 31/1995. Ma – come sottolineato in un commento a prima lettura, a opera di Ignasi Beltran de Heredia Ruiz – alcuni passaggi della decisione, con particolare riferimento alle risposte date alla seconda, terza e quarta questione pregiudiziale possono essere forieri di sviluppi interessanti, soprattutto in ordine a una qualificazione del licenziamento della persona in condizione di disabilità. Heredia Ruiz osserva che in una recente sentenza, inerente a un caso molto simile a quello di DW c. Nobel Plastiques, il *Tribunal supremo* ha affermato che è possibile considerare il licenziamento nullo solo nel caso in cui siano presenti due condizioni: condizione di disabilità e assenza di accomodamenti ragionevoli. Se, quindi, siano stati predisposti degli accomodamenti, verrà meno la seconda circostanza e il licenziamento non potrà essere considerato nullo, bensì *improcedente*.

Orbene, se si ha una discriminazione indiretta quando si pone in essere, da parte del datore di lavoro, un comportamento apparentemente neutro, la neutralità viene meno se non vi sia, alla base della condotta datoriale, una ragione oggettiva. Ma se si sospetta che la ricaduta negativa sul lavoratore sia qualificabile come direttamente discriminatoria – sottolinea Heredia Ruiz – allora non è possibile rifarsi all'art. 5 della direttiva e alle misure di accomodamento ragionevole, giacché la direttiva fa riferimento a quest'ultimo concetto solo con riferimento alla discriminazione indiretta. In altri termini, perché si passi a valutare la sussistenza e l'appropriatezza degli accomodamenti

ragionevoli, l'agire del datore di lavoro deve essere sorretto da una presunta neutralità: nel caso in cui «una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri» siano «immateriali» (come nel caso di criteri di produttività), allora «*no tiene sentido que se proceda a evaluar la posible incidencia de los «ajustes» que [...] se hayan podido adoptar con anterioridad para neutralizarlos*»; in tal caso, venendo meno il velo della neutralità, il licenziamento dovrebbe essere valutato come *direttamente* discriminatorio e pertanto nullo (cfr. I. B. de Heredia Ruiz *Enfermedad, despido objetivo y discriminación por discapacidad: el caso Nobel Plásticos*, 16 settembre 2019, in ignasibeltran.com/2019/09/16/enfermedad-despido-objetivo-y-discriminacion-por-discapacidad-el-caso-nobel-plasticos/).

Anche altri hanno sottolineato la complessità dell'intreccio che il giudice nazionale dovrà sbrogliare e l'attenzione che verrà dedicata al tema delle soluzioni ragionevoli non solo in sede giudiziale, ma anche da parte di chi, nelle aziende, si occupi di gestione delle risorse umane. Si è anche messo in luce come il richiamo, da parte della sentenza DW, al considerando 17 della direttiva («La presente direttiva non prescrive l'assunzione, la promozione o il mantenimento dell'occupazione né prevede la formazione di un individuo non competente, non capace o non disponibile ad effettuare le funzioni essenziali del lavoro in questione, fermo restando l'obbligo di prevedere una soluzione appropriata per i disabili») possa lasciare uno spiraglio per decisioni estintive del rapporto di lavoro (lo sottolinea E. Rojo Torrecilla, *No pero sí, sí pero no. A vueltas con el debate sobre el concepto, y existencia, de discapacidad [y nuevamente el juez nacional solo ante el peligro, perdón, ante el caso]*. *Notas a la sentencia del TJUE de 11 de septiembre de 2019 [asunto C-397/18] y al auto del JS núm. 3 de Barcelona de 30 de mayo de 2018*, 11 settembre 2019, disponibile online all'indirizzo www.eduardorjotorrecilla.es/2019/09/no-pero-si-si-pero-no-vueltas-con-el.html)

5. – La decisione che qui si commenta, come detto in apertura, è da riconnettere a una giurisprudenza in costante evoluzione, all'interno di un percorso non lineare.

In un primo momento, la Corte aveva adottato una definizione improntata al modello medico della disabilità. Nella decisione Chacón Navas c. Euresst Colectividades SA (C-13/05), infatti, si affermava che il concetto di disabilità è ben distinto da quello di malattia e che nel contesto delineato dalla direttiva 2000/78 «deve intendersi 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.» (così al § 43). In conseguenza di ciò, Chacón Navas aderiva a una prospettiva secondo cui «[...] the problem lies in the individual, and not in the reaction of society to the impairment or in the organization of society». (cfr. L. Waddington, *Case C-13/05, Chacón Navas v. Euresst Colectividades SA, judgment of the Grand Chamber of 11 July 2006*, nyr, in *CMLR*, Vol. 44, 2007, pp. 487-499; il passaggio qui citato è a p. 491).

Al modello medico-individualista della disabilità, appena evocato, si contrappone, com'è noto, quello sociale, elaborato fra Regno Unito e Stati Uniti d'America nel corso degli anni Settanta del secolo scorso. In base al modello sociale della disabilità, a 'disabilitare' gli individui non sono le menomazioni o le limitazioni funzionali susseguenti, ma le barriere, le pressioni e i limiti, di vario genere, che la società impone loro. Non è questa la sede, ovviamente, per illustrare compiutamente l'evolversi del modello sociale, le sue potenzialità e i suoi limiti; ma va sottolineato che esso è uno dei costrutti concettuali alla base della Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità, evocata dalla Corte anche nel caso in commento. È stato proprio l'ingresso della Convenzione ONU nell'ordinamento dell'Unione europea (cfr. al riguardo D. Ferri, *The conclusion of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities by the*

EC/EU: A Constitutional Perspective, in L. Waddington – G. Quinn (eds.), *European Yearbook in Disability Law*, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2010) a creare le condizioni per un *overruling* di Chacón Navas. Esso è avvenuto con la sentenza HK Danmark., già citata: come detto, essa ha chiarito che esiste un obbligo d'interpretazione conforme del diritto dell'Unione alla Convenzione ONU (cfr. i §§ 30-32 della sentenza appena citata; per un inquadramento del rapporto fra diritto UE e diritto internazionale, v. P. De Pasquale, *Rapporti tra le fonti di diritto dell'Unione europea*, in *DPCE*, numero speciale, 2019, pp. 191-214; in particolare, v. pp. 207-209). Inoltre, in quello stesso caso, facendo leva sulla nozione di persone con disabilità delineata dall'art. 1 e dalla lett. E) del Preambolo alla Convenzione stessa, la Corte è giunta, non senza tentennamenti, a coniare una definizione ben più vicina al modello sociale della disabilità accolto dalla Convenzione ONU (v. al riguardo N. Betsch, *The Ring and Skouboe Werge Case: A Reluctant Acceptance of the Social Approach of Disability*, in *European Labour Law Journal*, Vol. 4, 2, 2013, pp. 135-142). Le decisioni Ruiz Conejero e Daouidi, già richiamate nell'illustrare alcuni passaggi della sentenza in commento, sembrano anch'esse confermare definitivamente una generale tendenza della Corte a guardare al modello di disabilità presupposto dalla Convenzione ONU per interpretare correttamente la direttiva 2000/78. Questi precedenti, però, pur essendo mossi da una medesima tensione, non paiono essere privi di punti problematici. A proposito del caso *Daouidi*, ad esempio, si è rilevato come la posizione assunta dalla Corte risulti essere, da ultimo, contraddittoria: da un lato, la Corte sembra tracciare – quasi in maniera azzardata – una linea di demarcazione fra limitazione (*limitation*) e menomazione (*impairment*), finendo per ampliare l'ambito della disciplina antidiscriminatoria e affermando che anche menomazioni di breve durata (o di durata incerta) possano avere effetti limitativi nel lungo periodo. Dall'altro lato, però, si è sottolineato come un'attenta lettura della sentenza *Daouidi* riveli una marcata reticenza, da parte della Corte, all'accostarsi in via definitiva a un'idea della disabilità saldamente radicata nel modello sociale, dal momento che i giudici del Lussemburgo evitano di interrogarsi sul ruolo delle barriere fisiche, culturali e sociali che, interagendo con le menomazioni, comportano il sorgere di una disabilità. Ciò pone la decisione della Corte in una posizione relativamente distante da quella adottata dal Comitato delle Nazioni unite nel caso S.C. c. Brasile (CRPD/C/12/D/10/2013). Inoltre, si è acutamente evidenziato come la Corte, con un simile argomentare, rischi di ottenere un risultato opposto rispetto a quello auspicato, aumentando la disomogeneità fra gli ordinamenti nazionali nell'interpretazione della direttiva 2000/78, anziché ridurla (sono questi i punti messi in luce da D. Ferri, *Daouidi v Bootes Plus SL and the Concept of 'Disability' in EU Anti-Discrimination Law*, in *European Labour Law Journal*, Vol. 10, 1, 2019, pp. 69-84; ma v. particolarmente p. 84).

2978

Nel caso di specie, nel quale – lo si rileva per inciso – è assente qualsiasi rimando all'art. 26 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione (ove si dispone che «L'Unione riconosce e rispetta il diritto delle persone con disabilità di beneficiare di misure intese a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità»), non pare che la Corte si sia troppo discostata dal punto di arrivo a cui era pervenuta con *HK Denmark* e *Daouidi*: pare sempre prevalente, nella definizione di disabilità formulata dai giudici del Lussemburgo, l'idea che sia necessario focalizzare la propria attenzione sulle condizioni di salute di DW, prendendo in considerazione in primo luogo le sue condizioni fisiche: ai §§ 48, 50 e 51 si fa riferimento allo «stato di salute», dal quale possono discendere delle «limitazioni», risultanti da «menomazioni fisiche, mentali o psichiche durature».

La Corte non si è invece soffermata su cosa debba intendersi per “barriera” e sulle interazioni di queste ultime con le limitazioni, derivanti da una menomazione, fronteggiate da DW. Del resto, in letteratura si è sottolineato come il concetto di

“barriera” sia problematico: in un caso deciso dalla Corte suprema degli Stati Uniti d’America (*Sutton c. United Air Lines, Inc* [97-1943] 527 US 471 [1999]), considerato particolarmente restrittivo per quel che riguarda l’applicazione della nozione di disabilità tracciata dall’*Americans with Disabilities Act*, la Corte suprema ha considerato legittima la richiesta di un’acuità visiva pressoché perfetta al fine dell’assunzione come piloti di aeromobili, nonostante la disponibilità di mezzi di correzione di eventuali difetti della vista. L’imposizione di tale requisito da parte di una compagnia aerea non è stata quindi valutata quale “barriera” per una piena ed eguale partecipazione alla vita lavorativa e sociale; inoltre, in via di ipotesi, «*a fully barrier-free society would contain persons with impairments, but no disabled persons. If, however, impairments are themselves (partly) constructed, it becomes difficult to distinguish barriers from other forms of social arrangements*» (si sofferma su questi profili J. Grue, *Inclusive Marginalization? A Critical Analysis of the Concept of Disability, Its Framings and Their Implications in the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, in *Nordic Journal Rights of Human Rights*, 37, 1, pp. 3-17; le considerazioni qui esposte sono a pp. 9-10. Il corsivo è aggiunto; sull’influenza del diritto antidiscriminatorio statunitense sul diritto dell’Unione europea, cfr. V Perju, *Impairment, Discrimination, and the Legal Construction of Disability in the European Union and the United States*, in *Cornell International Law Journal*, Vol. 44, 2, 2011, pp. 280-348).

Tornando alla sentenza commentata, si afferma le limitazioni di DW derivano precipuamente da un problema alle articolazioni delle braccia (un’epicondilite, come si è detto). Ma – per inciso – la Corte, al § 19, rileva come ai periodi di inabilità al lavoro abbia contribuito anche la diagnosi di un disturbo d’ansia. Nel testo della sentenza il riferimento al disturbo ansioso (che, potrebbe rientrare nella categoria delle «menomazioni mentali o psichiche») non trova altro spazio: si tratta di un aspetto che pare essere, nel caso di specie, secondario. Tuttavia, vale la pena sottolineare come la situazione di DW sarebbe da valutare con maggiore attenzione e come i rischi di discriminazione (indiretta) sul luogo di lavoro, nelle vicende che abbiano come protagoniste persone con disabilità mentale, siano meno facili da mettere a fuoco rispetto a quelli cui sono sottoposte le persone con disabilità fisica. Nel caso delle persone con disabilità mentale, infatti, la messa a punto degli accomodamenti ragionevoli da parte del datore di lavoro può richiedere un impegno e una sensibilità differenti, a fronte di scelte datoriali apparentemente neutre. Se a proposito dell’epicondilite di DW si può facilmente riconnettere al concetto di accomodamento ragionevole l’opportunità di evitare sovraccarichi biomeccanici che sollecitino eccessivamente i gomiti, non è affatto chiaro, da quanto riportato nella sentenza che qui si commenta, quale ruolo potrebbero avere giocato eventuali barriere immateriali (consistenti, ad esempio, in atteggiamenti e decisioni, non necessariamente ostili o di avversione, da parte di colleghi di lavoro di DW o dei suoi superiori) in interazione con eventuali limitazioni derivanti dal disturbo d’ansia. Quali potrebbero essere, in casi analoghi a quello di specie, i nessi fra la condizione di disabilità mentale di un lavoratore e l’inadeguatezza a rispettare determinati requisiti di produttività o di efficienza, magari fissati *ex post*, il cui mancato raggiungimento conduca al licenziamento del lavoratore stesso?

Si tratta di interrogativi su cui la giurisprudenza, europea e nazionale, dovrebbe riflettere, nella prospettiva di un allargamento della tutela occupazionale delle persone con disabilità mentale.

Inoltre, non pare sia stato approfondito, intersezionalmente, il punto relativo al fatto che DW è una lavoratrice, potenzialmente esposta a maggiori rischi di discriminazione (si rammenti che la Convenzione ONU contiene una norma, l’art. 6, espressamente dedicata alle donne con disabilità).

Nella sentenza DW contro Nobel, quindi, la posizione della Corte desta delle perplessità; anche a proposito di questa decisione si potrebbe affermare che, per quanto i giudici del Lussemburgo tentino di non discostarsi dal solco tracciato dalla Convenzione, il risultato del loro lavoro continui a non apparire del tutto persuasivo. Prendendo in prestito l'immagine utilizzata da Waddington (v. L. Waddington, *Saying all the Right Things...*, cit.), la Corte sembra ancora una volta 'voler dire le cose giuste', salvo poi continuare a decidere restando ancorata ad aspetti che sembrano legati al modello medico più che al modello sociale nell'accezione proposta dalla Convenzione ONU.

Va però messo in luce come, secondo parte della dottrina, allo stato attuale l'adesione compiuta al modello sociale della disabilità potrebbe essere impossibile, per il diritto dell'Unione.

Il modello sociale, infatti, si connota come potenzialmente sovversivo, dal momento che ha quale obiettivo ultimo la ridefinizione dei rapporti politico-economici dominanti e oppressivi nei confronti delle persone con disabilità; rapporti sui cui, invece, troverebbe fondamento l'idea di cittadinanza *market based* a oggi perseguita dall'Unione, aderente all'idea di responsabilità individuale del lavoratore/consumatore razionale, maggiormente compatibile con una concezione medica della disabilità: «The EU may be well placed to promulgate this social model of disability and to encourage convergence within the Member States, but in reality the construct of market citizenship seriously impedes any such aspirations» (cfr. C. O'Brien, *Union Citizenship and Disability: Restricted Access to Equality Rights and the Attitudinal Model of Disability*, in D. Kochenov (ed.), *EU Citizenship and Federalism. The Role of Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 509-539. Il passo qui riportato è a p. 509. Lo scritto appena citato trova a sua volta le proprie basi nelle riflessioni formulate in C. O'Brien, *I trade, therefore I am: Legal Personhood in the European Union*, in *CMLR*, 50, 2013, pp. 1643-1648).

2980

6. – In conclusione, vale la pena di osservare che il *punctum dolens* della sentenza in commento non è tanto quello, astratto, relativo al grado di sovrapposibilità della definizione di disabilità adottata dalla Corte di giustizia rispetto al modello sociale, nel declinazione che ha trovato accoglimento nella Convenzione ONU; sotto questo profilo, peraltro, non pare del tutto infondata l'osservazione secondo cui un limite di questo tipo di approccio può essere il fatto che il modello sociale non si presenta come unitario e univoco, ma ha trovato e trova differenti letture (cfr. J. Miller, *The European disability rights revolution*, in *European Law Review*, 1, 2019, pp. 66-88; v. pp. 67-68); del resto, si può sottolineare come proprio questo carattere proteiforme sia stato uno dei punti di forza e una delle ragioni della perdurante utilità del modello in questione (la letteratura in materia è molto ampia; cfr. da ultimo C. Barnes, *Understanding the Social Model of Disability: Past, Present, Future*, in N. Watson – S. Vehmas (eds.), *Routledge Handbook on Disability*, cit., pp. 14-31).

A destare le maggiori riserve, concretamente, è la mancata disamina, da parte della Corte del Lussemburgo, di che cosa debba intendersi per "barriere".

Un chiarimento al riguardo sarebbe utile in particolare per le circostanze in cui il lavoratore con disabilità debba fronteggiare ostacoli sociali e culturali; nonostante i profili critici, di carattere teorico, evidenziati sopra, si tratta di una questione che, fattualmente, può essere assai rilevante. Si pensi al caso «del lavoratore che venga discriminato perché portatore o sospetto portatore di patologie che non impediscono la prestazione di lavoro ma che sono comunque fonte di emarginazione ed esclusione in quanto derivanti da presunti o reali comportamenti pregressi socialmente non accettati o tali da ingenerare pregiudizi e timori infondati» (così O. Bonardi, *L'inidoneità*

sopravvenuta al lavoro e l'obbligo di adottare soluzioni ragionevoli in una innovativa decisione della Cassazione, in *QG*, 3/2018, pp. 101-112; cfr. segnatamente p. 107). Jeffrey Miller, sotto questo profilo, sottolinea opportunamente come la Corte Suprema della Stati Uniti, almeno in alcune fasi, abbia avuto un approccio differente, finendo per ricomprendere all'interno dell'area di protezione anche casi che non troverebbero tutela all'interno dell'ambito di azione della direttiva 2000/78 (J. Miller, *The European disability rights revolution*, cit, pp. 87-88). Prima del restringimento della nozione di disabilità, che la Corte suprema ha adottato con la decisione Sutton c. United, richiamata sopra, era stata considerata come una condizione di disabilità, suscettibile di discriminazioni, quella della persona HIV-positiva asintomatica (cfr. Bragdon c. Abbott, 524 US 624 [1998]), proprio in ragione dello stigma socio-culturale che ancora accompagna la condizione di sieropositività (cfr. al riguardo J.S. Crowley- G. R. Nevins, M. Thompson, *The Americans With Disabilities Act and HIV/AIDS Discrimination. Unfinished Business*, in *Jama*, 314, (3), pp. 227-228). Come sottolineato dall'autore in parola, «Unlike the US, the ECJ has never ruled that a victim of disability discrimination based strictly on the unjustified, false prejudices of an employer regarding what an employee can and cannot do falls within the ambit of Directive 2000/78»; una decisione in questa direzione sarebbe stata possibile, nel caso Kaltoft (C-354/13), in cui la Corte di giustizia ha affrontato la configurabilità dell'obesità come causa di disabilità. Nel caso di specie, l'Avvocato generale, nelle sue conclusioni, aveva messo in luce che la posizione assunta dalla parte datoriale (la municipalità danese di Billund) circa l'inadeguatezza del sig. Kaltoft a svolgere il suo lavoro di educatore d'infanzia era meramente presuntiva e fondata su un pregiudizio.

Se si adottasse, per costruire la condizione di disabilità, lo schema tendenzialmente triadico (menomazione – limitazione – barriere) solitamente utilizzato dalla Corte nei casi sinora citati, si sarebbe dovuto concludere che il signor Kaltoft era fuori dal raggio di azione della direttiva 2000/78; ma la decisione della Corte, lasciando spazio all'interpretazione del giudice nazionale danese, ha consentito a quest'ultimo di affrontare il tema della "disabilità percepita", espressamente vietata in alcuni ordinamenti nazionali (v. ancora J. Miller, *ibidem*). La Corte di giustizia, in futuro, affronterà in maniera più decisa questo nodo, soffermandosi sul concetto di barriere culturali, a proposito delle disabilità psicosociali? Troverà il modo di affrontare il tema della disabilità derivante dai pregiudizi sociali legati alle disabilità intellettive e alle disabilità psicosociali? Molto dipenderà da circostanze politico-fattuali; però un passo in questa direzione sarebbe di grande importanza, per una maggiore armonizzazione del diritto antidiscriminatorio europeo.

