CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
L.A. GEELHOED
presentate il 16 marzo 2006 [1]

I — Introduzione

1. Per la seconda volta [2] sono sollevate questioni vertenti sull'interpretazione di una determinata nozione tratta dalla direttiva del Consiglio 27 novembre 2000, 2000/78/CE, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro [3] (in prosieguo: la «direttiva» oppure la «direttiva 2000/78») [4].

2. Tale direttiva vieta la discriminazione diretta o indiretta fondata su diversi motivi, tra cui gli handicap. La presente causa verte sull'interpretazione della nozione di «handicap» che non è definita nella direttiva. Le questioni sono state sollevate in un contesto in cui una lavoratrice malata è stata licenziata durante il congedo di malattia. Più precisamente si chiede se la malattia possa essere considerata come un handicap nell'ambito di tale direttiva e, in caso di risposta negativa, se in ogni caso la discriminazione fondata sulla malattia rientri nell'ambito di applicazione della direttiva.

II — Contesto normativo

A — *Diritto comunitario*

3. L'art. 13, n. 1, CE, è del seguente tenore:

«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».

1 — Lingua originale: l'olandese.

2 — La Corte si è pronunciata su questa direttiva nella sentenza 22 novembre 2005, causa C-144/04, Mangold (Racc. pag. I-9981).

3 — GU L 303, pag. 16.

4 — Tale direttiva è oggetto anche di procedimenti per inadempimento proposti dalla Commissione contro diversi Stati membri per tardiva trasposizione. La prima sentenza in tali procedimenti per inadempimento è stata emanata il 20 ottobre 2005, causa C-70/05, Commissione/Lussemburgo (non ancora pubblicata in Raccolta). La giustificabilità o meno di una discriminazione in base all'età ai sensi dell'art. 6, n. 1, della direttiva 2000/78 è stata affrontata nella sentenza Mangold (citata alla nota 2).

4. La direttiva 2000/78 è stata adottata sulla base dell'art. 13 CE. Dall'art. 1 di tale direttiva risulta che essa mira a stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate sulla religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali, per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro al fine di rendere effettivo negli Stati membri il principio della parità di trattamento.

5. Il diciassettesimo 'considerando' è del seguente tenore:

«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».

6. L'art. 3 della direttiva così prevede:

«1. Nei limiti dei poteri conferiti alla Comunità, la presente direttiva, si applica a tutte le persone, sia del settore pubblico che del settore privato, compresi gli organismi di diritto pubblico, per quanto attiene:

(...)

c) all'occupazione e alle condizioni di lavoro, comprese le condizioni di licenziamento e la retribuzione;

(...)».

7. L'art. 5 della direttiva è formulato nei termini seguenti:

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

8. Il quarto 'considerando' della raccomandazione del Consiglio 24 luglio 1986, 86/379/EEG, concernente l'occupazione dei minorati nella Comunità [5] recita:

«(...) ai fini della presente raccomandazione, il termine «minorati» comprende tutte le

5 — GU L 225, pag. 43.

persone che presentano serie minorazioni in seguito a menomazioni fisiche, psichiche o di carattere psicologico».

9. Il punto 26 della Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori 9 dicembre 1989 è formulato nei termini seguenti:

«Ogni persona handicappata, a prescindere dall'origine e dalla natura dell'handicap, deve poter beneficiare di concrete misure aggiuntive intese a favorire l'inserimento sociale e professionale.

Tali misure devono riguardare la formazione professionale, l'ergonomia, l'accessibilità, la mobilità, i mezzi di trasporto e l'alloggio e devono essere in funzione delle capacità degli interessati».

B — *Diritto nazionale*

10. L'art. 14 della Costituzione stabilisce che tutti gli spagnoli sono uguali dinanzi alla legge, senza che possa essere fatta alcuna distinzione in base alla nascita, alla razza, al sesso, alla religione, alle opinioni e a qualsiasi altra situazione o circostanza personale o sociale.

11. Le norme di base che disciplinano i rapporti di lavoro sono contenute nell'Estatuto de los Trabajadores (statuto dei lavoratori; in prosieguo: lo «Statuto»). All'art. 55, n. 3, dello Statuto sono enumerate le diverse forme di licenziamento: giustificato, ingiustificato e nullo.

12. Ai sensi dell'art. 55, n. 4, il licenziamento è ingiustificato quando non sono dimostrati gli inadempimenti contrattuali imputati al lavoratore o quando la sua forma non soddisfa i requisiti posti dalla legge.

13. A norma dell'art. 55, n. 5, è nullo il licenziamento fondato su una discriminazione vietata dalla Costituzione o dalla legge ovvero in violazione di diritti fondamentali o di pubbliche libertà riconosciuti al lavoratore.

14. Dall'art. 55, n. 6, dello Statuto consegue che un licenziamento nullo ha per effetto che il lavoratore viene immediatamente reintegrato con pagamento della retribuzione non percepita.

15. Le conseguenze di un licenziamento ingiustificato sono menzionate all'art. 56 dello Statuto. Ai sensi di tale disposizione il licenziamento ingiustificato comporta per il lavoratore la perdita del posto di lavoro con risarcimento, a meno che il datore di lavoro non scelga di reintegrarlo nel suo posto di lavoro.

16. L'art. 17, n. 1, dello Statuto è stato modificato con legge n. 62/03, che traspone la direttiva 2000/78 nel diritto nazionale, entrata in vigore il 1° gennaio 2004. L'attuale versione dell'art. 17, n. 1, dello Statuto è formulata nei termini seguenti:

«Sono nulli e privi di effetto le norme di regolamento, le clausole dei contratti collettivi, i contratti di lavoro individuali e le decisioni unilaterali del datore di lavoro che implicano discriminazioni dirette o indirette sfavorevoli in ragione dell'età o dell'handicap ovvero quelle che siano favorevoli o svantaggiose ai fini dell'impiego, come pure ai fini della retribuzione, dell'orario di lavoro e di altre condizioni di lavoro, per ragioni basate su sesso, razza o origine etnica, stato civile, condizione sociale, religione, idee politiche, orientamento sessuale, adesione o meno ai sindacati e ai relativi accordi, vincoli di parentela con altri lavoratori nell'impresa e lingua nell'ambito dello Stato spagnolo.

(...)»

17. Quest'ultima disposizione definisce e precisa nell'ambito dei rapporti di lavoro il principio della parità dinanzi alla legge e il divieto di discriminazione come sanciti nell'ordinamento giuridico spagnolo e formulati all'art. 14 della Costituzione spagnola.

III — La causa principale e le questioni pregiudiziali

A — *Contesto della domanda di pronuncia pregiudiziale*

18. La sig.ra Chacón Navas lavora(va) per la società Eurest Colectividades SA (in prosieguo: l'«Eurest»), un'impresa specializzata nel catering. Dal 14 ottobre 2003 ella è in congedo di malattia e percepisce un sussidio per incapacità lavorativa temporanea.

19. Il 28 maggio 2004 l'Eurest le ha comunicato per iscritto il suo licenziamento a partire dal 31 maggio 2004, senza far menzione delle cause. Nella lettera di licenziamento l'Eurest ha riconosciuto che, ai sensi dell'art. 56 dello Statuto, il licenziamento era ingiustificato e pertanto le ha offerto un risarcimento per il licenziamento.

20. La sig.ra Chacón Navas, che non era d'accordo con licenziamento, lo ha contestato dinanzi al giudice. Nel suo ricorso in data 29 giugno 2004 essa ha sostenuto che il licenziamento era nullo per disparità di trattamento e discriminazione in quanto già da otto mesi essa si trovava in congedo malattia e era temporaneamente incapace di svolgere attività lavorativa. Essa ha chiesto di essere reintegrata nel posto di lavoro.

21. All'udienza tenutasi il 16 settembre 2004 l'Eurest ha sostenuto che l'attrice non aveva addotto alcuna prova da cui risultasse una discriminazione e una violazione di diritti fondamentali. La sig.ra Chacón Navas ha ribadito quanto da essa sostenuto nel ricorso: che si trovava in congedo di malattia dal 14 settembre 2003 (dal fascicolo della causa principale può ricavarsi che essa era in attesa di un'operazione) e che riteneva sussistessero sufficienti indizi per qualificare come discriminatorio il licenziamento.

22. Il 21 settembre 2004 il giudice nazionale ha chiesto al servizio medico informazioni riguardo all'incapacità temporanea di svolgere attività lavorativa in cui versava la sig.ra Chacón Navas, in particolare la data in cui ha iniziato a decorrere il congedo di malattia e se tale situazione perdurasse ancora. In risposta a tale richiesta, l'11 novembre 2004 il detto servizio ha confermato che la sig.ra Chacón Navas era in congedo di malattia a partire dal 14 ottobre 2003 e che non ci si poteva attendere che potesse tornare a lavorare a breve termine.

23. Secondo il giudice a quo, per il fatto che la sig.ra Chacón Navas ha dimostrato di essere stata licenziata durante il congedo di malattia, che il suo datore di lavoro non ha addotto fatti né prove dai quali risultino validi motivi di licenziamento, il che ha come risultato un'inversione dell'onere della prova, si deve concludere che la sig.ra Chacón Navas è stata licenziata unicamente per la circostanza di trovarsi in congedo di malattia.

24. Il giudice del rinvio osserva che secondo la giurisprudenza spagnola un licenziamento di questo tipo è qualificato come ingiustificato e non come nullo. Ciò risulta dalla sentenza del Tribunal Supremo 29 gennaio 2001, ripresa successivamente da tutti gli organi giurisdizionali superiori. La relativa ragione consisterebbe nel fatto che nel diritto spagnolo non è prevista espressamente una disposizione in base alla quale la circostanza personale «malattia» possa essere considerata rilevante al fine di impedire prassi discriminatorie e per imporre il divieto di discriminazione nei rapporti tra privati.

25. Il giudice del rinvio ritiene che sia possibile ricavare un titolo per la tutela dal diritto comunitario primario e derivato, in particolare dalla direttiva 2000/87.

26. Esso si chiede se sussista un determinato nesso tra l'«handicap» e la «malattia». A suo parere, si potrebbe consultare l'International Classification of Functioning, Disability and Health (Classificazione internazionale delle capacità funzionali, dell'handicap e della salute; in prosieguo: la «CIF») dell'Organizzazione mondiale della Sanità. In essa l'handicap viene definito come un termine generico che include deficit, limitazioni dell'attività e restrizioni alla partecipazione per indicare gli aspetti negativi dell'interazione tra un individuo con un determinato stato di salute e i suoi contestuali fattori ambientali e personali.

27. Il giudice del rinvio osserva che la malattia è uno stato di salute che potrebbe dar luogo a deficit atti a limitare fisicamente

un individuo. A suo parere, non appena sia accertata la malattia un lavoratore dovrebbe essere tutelato anche in base al divieto di discriminazione fondata sull'handicap. Considerato che la malattia potrebbe risolversi in un handicap l'ipotesi contraria potrebbe vanificare in notevole misura la tutela perseguita dal legislatore e potrebbe incentivare prassi discriminatorie incontrollate.

28. Nell'ipotesi in cui la malattia e l'handicap dovessero considerarsi concetti diversi e pertanto la direttiva 2000/78 non fosse applicabile alla prima di tali nozioni, il giudice si chiede se la rete di sicurezza apprestata dalla direttiva non possa estendersi anche alla caratteristica personale costituita dalla malattia, oltre che a quella menzionata dalla direttiva ovvero l'handicap.

B — *Le questioni pregiudiziali*

29. In considerazione del fatto che sussistono dubbi riguardo alla corretta interpretazione, il Juzgado de lo Social n. 33 de Madrid (Spagna) ha deciso di sottoporre alla Corte di giustizia le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se la situazione di una lavoratrice che è stata licenziata dal suo datore di lavoro esclusivamente perché malata rientri nell'ambito della tutela apprestata dalla direttiva 2000/78 in quanto questa al suo art. 1 stabilisce un quadro generale per la lotta contro le discriminazioni fondate sull'handicap.

2) In subordine e nell'ipotesi in cui in cui dovesse ritenersi che gli stati di malattia non rientrano nell'ambito della tutela apprestata dalla direttiva 2000/78 contro la discriminazione per handicap e alla prima domanda dovesse essere data soluzione negativa, se la malattia possa essere considerata come una caratteristica personale che si aggiunge a quelle che non possono costituire motivo discriminazione ai sensi della direttiva 2000/78».

C — *Il procedimento dinanzi alla Corte*

30. Nel presente procedimento sono state depositate osservazioni scritte dall'Eurest, dai governi tedesco, olandese, austriaco, spagnolo, ceco e del Regno Unito nonché dalla Commissione.

IV — Valutazione

A — *Ricevibilità*

31. Nelle loro osservazioni scritte la convenuta nella causa principale e la Commissione sostengono che sussistono ragioni per dichiarare irricevibili le questioni del giudice del rinvio.

32. Secondo la convenuta nella causa principale le questioni sono irricevibili giacché il Tribunal Supremo avrebbe già statuito che il licenziamento di un lavoratore in congedo di malattia non costituisce, in quanto tale, una discriminazione vietata.

La Commissione nutre dubbi circa la ricevibilità delle questioni poiché nell'ordinanza di rinvio i fatti sottesi alla controversia sarebbero esposti in modo talmente lacunoso da rendere impossibile un'accurata soluzione delle questioni necessaria per dirimere la controversia nella causa principale. In particolare l'assenza di qualsiasi indicazione relativa alla natura e al — previsto — decorso della malattia renderebbe ad esempio impossibile stabilire se nella fattispecie si tratti di un handicap.

33. A mio avviso, l'argomento addotto dalla convenuta nella causa principale contro la ricevibilità delle questioni non può essere accolto. La circostanza, infatti, che il Tribunal Supremo abbia già statuito che il licenziamento per causa di malattia non può essere considerato un atto rientrante nell'ambito del divieto di discriminazione fondata su un handicap non può rendere irricevibili le questioni poste. Esse vertono proprio sulla portata del divieto di discriminazione quale previsto nella direttiva 2000/78. Qualora esso riguardasse anche — lunghe — malattie, ciò potrebbe avere conseguenze sull'interpretazione e l'applicazione della normativa spagnola pertinente nella situazione di fatto della causa principale.

34. A prima vista sembra aver maggior peso l'argomento della Commissione. Effettivamente i fatti sottesi alla controversia, in particolare la natura, la gravità e la durata della malattia della sig.ra Chacón Navas, sono riportati del tutto sommariamente nell'ordinanza di rinvio. L'analisi del fascicolo processuale nella causa principale non fornisce molti elementi di fatto in più, come ha provato la Commissione.

35. Nondimeno, a mio avviso, dalla motivazione dell'ordinanza di rinvio risultano con sufficiente chiarezza le ragioni per cui sono necessari al giudice del rinvio elementi più precisi per l'applicazione, ai fatti della causa sulla quale è chiamato a pronunciarsi, del divieto di discriminazione fondata su un handicap di cui alla direttiva 2000/78.

Poiché nel diritto del lavoro spagnolo le conseguenze di un licenziamento irregolare fondato sulla malattia e di un licenziamento irregolare fondato su un handicap sono molto diverse — nel primo caso il licenziamento è ingiustificato, e ad esso è collegato un risarcimento del lavoratore interessato; nel secondo caso il licenziamento è nullo, con la conseguenza che il lavoratore deve essere immediatamente reintegrato nel posto di lavoro con versamento della retribuzione non percepita — ha sicuramente rilevanza, ai fini della decisione nella causa principale, l'interpretazione richiesta vertente sull'ambito di applicazione ratione materiae del divieto comunitario di discriminazione fondata su un handicap.

36. Dalla circostanza che sei Stati membri hanno depositato osservazioni scritte con contenuto pertinente per il contesto particolare della causa in esame può peraltro desumersi che l'ordinanza di rinvio offre elementi sufficienti. Anche secondo la Commissione la formulazione dell'ordinanza di rinvio manifestamente non impedisce la soluzione di merito delle questioni.

37. Constato pertanto che non sussistono argomenti convincenti per l'irricevibilità delle questioni pregiudiziali in esame.

B — *Osservazioni preliminari*

1. L'art. 13 CE quale fondamento normativo della direttiva 2000/78

38. Nell'ordinanza di rinvio, oltre che all'art. 13 CE, quale fondamento normativo della direttiva, si fa riferimento anche agli artt. 136 CE e 137 CE. Il giudice del rinvio sembra in tal modo suggerire che anche tali disposizioni sono rilevanti per la soluzione delle questioni sollevate.

39. Tale tesi non mi pare corretta. Dal testo dei 'considerando' risulta che la direttiva 2000/78 si fonda unicamente sull'art. 13 CE.

40. L'art. 13 CE è stato inserito nel Trattato CE dal Trattato di Amsterdam. Tale disposizione attribuisce alla Comunità la competenza a 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.

41. Dalla locuzione «fatte salve le altre disposizioni del presente trattato» risulta che l'art. 13 CE ha carattere sussidiario. Ciò comporta che non deve essere possibile prendere in considerazione altre disposizioni del Trattato quale fondamento normativo per le misure da adottare ai sensi dell'art. 13 CE.

42. Per quanto riguarda più specificamente la tutela dei disabili sul mercato del lavoro, potrebbe essere a tal fine rinvenuto un fondamento normativo anche nell'art. 137 CE, che accorda alla Comunità la facoltà di prendere misure a sostegno e a completamento dell'azione degli Stati membri, fra l'altro, nella lotta contro l'esclusione sociale [art. 137, n. 1, lett. j), CE].

43. Tale fondamento normativo ha tuttavia a carattere diverso da quello dell'art. 13 CE. Esso forma una base giuridica per un'armonizzazione complementare di parti dell'a-

zione sociale degli Stati membri. In tal modo il suo ambito di applicazione tanto ratione personae quanto ratione materiae è più ampio di quello dell'art. 13 CE, in quanto esso si applica anche ad altre categorie di «esclusi» rispetto a quelle di cui all'art. 13 CE e può perseguire finalità diverse dal mero divieto di discriminazione.

44. La diversa portata si estrinseca anche nei tipi di misure che possono essere adottate ai sensi dell'art. 137, n. 1, lett. j), CE. Esse possono prevedere, ad esempio, particolari misure di stimolo e di tutela per porre fine a determinate forme di esclusione, che gli Stati membri devono riprendere nella loro normativa nazionale. Il divieto di discriminazione fondata su un handicap sancito dall'art. 13 CE, quale è stato elaborato nella direttiva 2000/78, comporta un limite generale qualitativo, al quale sono assoggettati gli Stati membri nella loro normativa rilevante e nel loro processo decisionale in materia di occupazione e di condizioni di lavoro riguardanti i disabili, e ciò si applica anche nelle relazioni orizzontali sul mercato del lavoro tra datori di lavoro e lavoratori.

45. La scelta dell'art. 13 CE quale unica base giuridica del divieto generale di discriminazioni fondate su un handicap è pertanto corretta. Le questioni sollevate dovranno quindi essere risolte alla luce della formulazione e della portata di tale articolo.

2. L'interpretazione dell'art. 13 CE e la direttiva 2000/78

46. Dalla genesi e dalla formulazione dell'art. 13 CE risulta che gli autori del Trattato si sono mantenuti prudenti nell'elaborare tale disposizione complementare di divieto di discriminazioni. Le proposte iniziali per una disposizione di questo tipo sono divenute progressivamente più limitate nel corso del processo di conclusione del Trattato di Amsterdam [6].

47. Tale atteggiamento prudente è visibile nel testo dell'art. 13 CE.

In primo luogo, esso comporta un fondamento normativo unicamente per l'adozione di «provvedimenti opportuni».

In secondo luogo, l'enumerazione dei motivi di discriminazione vietati è tassativa. Ciò al contrario dei trattati internazionali classici in materia di diritti dell'uomo e, ad esempio, anche dell'art. II-81 del Trattato sulla

6 — V., fra l'altro, M. Bell e L. Waddington, The 1996 Intergovernmental Conference and the Prospects of a Non-Discrimination Treaty Article, 25 *Industrial Law Journal* (1996), pagg. 320-326; R. Barents, *Het Verdrag van Amsterdam*, Deventer 1997, pagg. 40-43 e Olivier de Schutter, «Les droits fondamentaux dans le Traité d'Amsterdam», in Yves Lejeune (ed.) *Le Traité d'Amsterdam*, Bruxelles 1999, pagg. 154-188, segnatamente pagg. 184-187.

Costituzione europea, in cui l'enumerazione dei motivi di discriminazione vietati è formulata in modo esemplificativo.

In terzo luogo, si è già esaminato in precedenza il limite consistente nel carattere sussidiario.

In quarto luogo, per l'applicazione dell'art. 13 CE è necessario che i provvedimenti progettati restino «nell'ambito delle competenze (...) conferite [dal presente Trattato] alla Comunità».

48. A mio avviso, argomenti convincenti depongono a favore di una presa in considerazione delle definizioni e dei limiti contenuti nell'art. 13 CE nell'interpretare il detto articolo nonché i «provvedimenti adeguati» adottati in base ad esso, come nella fattispecie la direttiva 2000/78. Essi rispecchiano l'espressa volontà degli autori del Trattato e del legislatore comunitario da una data relativamente recente.

49. Tuttavia, a prescindere da questi argomenti attinenti all'origine del Trattato e di ordine grammaticale, sussistono anche argomenti di fondo che militano contro un'interpretazione estensiva.

50. L'oggetto di taluni divieti di discriminazione menzionati nell'art. 13 CE, quali quelli fondati sull'età e sull'handicap, comporta che l'accertamento di una formale disparità di trattamento vietata presenterà sempre quale altra faccia il diritto sostanziale alla parità nell'accesso ad una professione o un'attività, o nella sua conservazione, a pari condizioni di lavoro, alla disponibilità di un'istruzione speciale o a provvidenze che compensino o riducano le limitazioni conseguenti all'età o all'handicap. Tenuto conto delle conseguenze potenzialmente ampie, di ordine economico e finanziario, che tali divieti di discriminazione possono avere nei reciproci rapporti orizzontali tra cittadini e nei rapporti verticali tra le pubbliche autorità e i cittadini interessati, a livello nazionale il legislatore è solito circoscrive accuratamente la portata di siffatti divieti di discriminazione, ivi comprese le eccezioni e le limitazioni giustificate nonché i mezzi ragionevoli che devono essere messi a disposizione a titolo compensativo.

51. La più precisa delimitazione che la direttiva 2000/78 apporta ai divieti di discriminazione fondata sull'età e su un handicap, in particolare negli artt. 5 e 6, indica che anche il legislatore comunitario era conscio di tali conseguenze economiche e finanziarie potenzialmente vaste.

52. Le definizioni e i limiti che sono elaborati nella direttiva 2000/78 meritano di

essere considerati seriamente, in quanto gli effetti economici e finanziari del divieto di discriminazione fondata su un handicap influiscono prevalentemente in campi che rientrano sì nell'ambito di applicazione del Trattato, ma nei quali la Comunità dispone tutt'al più di competenze parziali, però più spesso complementari. Ciò vale per la politica dell'occupazione, in cui la Comunità dispone di una lieve competenza di coordinamento, che è precisata agli artt. 125-130 CE, e per la politica sociale in cui, ai sensi dell'art. 137, n. 1, prima frase, CE, la Comunità «sostiene e completa» l'azione degli Stati membri in diversi settori. Nell'ambito di settori rilevanti anche nel presente contesto, quali istruzione, formazione professionale e sanità, ai sensi, rispettivamente, degli artt. 149, 150 CE e 152 CE, le competenze comunitarie hanno un analogo carattere di complementarità.

53. Ne deduco che la Corte dovrà rispettare le scelte fatte dal legislatore comunitario nelle norme di applicazione dell'art. 13 CE con riferimento alla definizione del divieto di discriminazione e alla delimitazione ratione materiae e ratione personae del detto divieto e non potrà ampliarle invocando la limitazione generale così formulata in tale articolo: «nell'ambito delle competenze (...) conferite [dal presente Trattato] alla Comunità». A mio avviso sussiste ancor meno margine per ampliare la portata ratione materiae dell'art. 13 CE mediante un riferimento al principio generale della parità di trattamento.

54. Un'interpretazione così estensiva dell'art. 13 CE e delle discipline stabilite dal giudice comunitario per l'attuazione del detto articolo, ha come conseguenza che se così fosse sarebbe creato un punto d'Archimede in base al quale 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 operate dagli Stati membri nell'esercizio delle competenze di cui — tuttora — dispongono. In considerazione del fatto che, in base al Trattato CE, il centro di gravità di tali competenze permane in capo agli Stati membri anche nell'ipotesi in cui le competenze comunitarie in materia fossero rese attive dal legislatore comunitario, questo non è un risultato auspicabile, tanto sotto il profilo dell'economia del Trattato, quanto sotto quello dell'equilibrio istituzionale.

55. Ad abundantiam, osservo ancora quanto segue. Lo sforzo di rendere operativi i divieti di discriminazione qui pertinenti in pratica impone sempre al legislatore di operare scelte dolorose, se non tragiche, ponderando gli interessi in gioco, quali i diritti dei disabili o dei lavoratori anziani rispetto ad un flessibile funzionamento del mercato del lavoro o all'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 degli Stati membri considerati. Tali valutazioni, in

ambito nazionale, non sono effettuate in una lacuna 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 di 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 norme costituzionali nazionali e dal diritto internazionale, di un legislatore nazionale che resti peraltro nell'ambito delle competenze di cui continua a disporre.

56. Alla luce degli argomenti supra menzionati propendo quindi per un'interpretazione e un'applicazione della direttiva 2000/78 più prudente rispetto a quella della Corte nella causa Mangold [7]. In tal modo anticipo già la soluzione per la seconda questione del giudice del rinvio.

3. La nozione di «handicap» quale nozione comunitaria

57. La nozione di «handicap» è una nozione giuridica indeterminata che si presta nell'applicazione pratica ad un gran numero di interpretazioni. La circostanza che l'espressione compaia nell'art. 13 CE, che riguarda il divieto di discriminazione fondata su un handicap, divieto successivamente attivato ed elaborato dalla direttiva 2000/78, impone di attribuire a tale espressione un contenuto comunitario.

58. E tutto ciò a maggior ragione in quanto la nozione di «handicap» quale termine medico-scientifico, ma anche nel suo significato sociale, è soggetta ad un'evoluzione relativamente rapida. Non può in proposito escludersi che determinate menomazioni fisiche o psichiche presentino in un certo contesto sociale carattere di «handicap», mentre ciò non si verifica in un altro contesto.

59. Da un lato, la mutevolezza e la contestuale sensibilità della nozione di «handicap» conducono a grandi differenze nell'interpretazione e nell'applicazione del divieto di discriminazione. Ciò depone a favore di un'interpretazione uniforme. D'altro lato, la combinazione di dinamismo e varietà che si manifesta nella percezione scientifica e nel trattamento sociale del fenomeno dell'handicap impongono prudenza nella ricerca dell'uniformità. Ritornerò su tale concetto.

60. Nel corso della storia sociale degli ultimi due secoli è indubbiamente divenuta più ampia la schiera di persone considerate come disabili. Ciò dipende dall'enorme miglioramento della salute nelle società con maggiore benessere. Questo ha avuto come conseguenza che coloro che non potevano beneficiare di tale miglioramento, poiché erano afflitti da problemi fisici o psichici più o meno permanenti, sono divenuti più visibili.

61. Gli sviluppi nelle scienze biomediche hanno condotto ad una migliore compren-

7 — Citata alla nota 2.

sione dei disturbi fisici e psichici alla base degli handicap. Essi hanno comportato anche un ampliamento della nozione di «handicap». Una maggiore vulnerabilità nei confronti di gravi disturbi in conseguenza di un difetto genetico può comportare notevoli limitazioni per gli interessati.

62. Quest'ultimo esempio mostra che il contesto sociale particolare in cui si muovono i disabili può essere rilevante ai fini della valutazione della questione se essi debbano essere considerati tali. Fintantoché il difetto genetico non sia stato constatato la persona di cui trattasi non si troverà confrontata ad una discriminazione. La situazione può cambiare immediatamente dopo che esso sia divenuto noto in quanto i datori di lavoro, o gli assicuratori, non intendono accollarsi i maggiori rischi dell'assunzione ovvero dell'assicurazione dell'interessato.

63. La permanenza della menomazione fisica o psichica è spesso citata come una delle caratteristiche con cui in dottrina si distinguono gli handicap dalle malattie. Nella maggior parte dei casi essa fornisce infatti un criterio. Esistono tuttavia malattie progressive comportanti serie perdite della funzionalità per i pazienti nel corso di un lungo periodo che limitano a tal punto questi ultimi nelle loro funzionalità che nella vita sociale sostanzialmente essi non si distinguono sostanzialmente dai disabili «permanenti».

64. Quanto precede mi porta a concludere che la nozione di handicap di cui alla direttiva 2000/78 costituisce una nozione giuridica comunitaria che deve essere interpretata in modo autonomo e uniforme nell'ambito dell'ordinamento giuridico comunitario, tenendo conto del contesto della disposizione e della finalità della normativa di cui trattasi [8].

65. Il fatto che la nozione di «handicap» di cui alla direttiva considerata necessiti di un'interpretazione comunitaria uniforme risulta evidente anche per ragioni di fondo, non foss'altro per assicurare al divieto di discriminazione un minimo di necessaria unità nell'ambito di applicazione ratione personae e ratione materiae. Il novero delle persone tutelate e la definizione dei limiti funzionali da prendere in considerazione non possono essere discordanti. Nell'ipotesi contraria risulterebbe divergente all'interno della Comunità la tutela offerta dal detto divieto di discriminazione.

66. Nondimeno nell'elaborazione di un'interpretazione uniforme della nozione di handicap occorre tener conto, come supra succintamente accennato, della dinamica a livello di percezione sociale del fenomeno dell'«handicap» quale limitazione funzionale in conseguenza di una menomazione psichica o fisica, dell'evoluzione nelle cono-

8 — V., tra l'altro, sentenze 18 gennaio 1984, causa 327/82, EKRO (Racc. pag. 107, punto 11); 19 settembre 2000, causa C-287/98, Linster (Racc. pag. I-6917, punto 43), 9 novembre 2000, causa C-357/98, Yiadom (Racc. pag. I-9265, punto 26); 6 febbraio 2003, causa C-245/00, SENA (Racc. pag. I-1251, punto 23); 27 febbraio 2003, causa C-373/00, Adolf Truley (Racc. pag. I-1931, punto 35) e 27 novembre 2003, causa C-497/01, Zita Modes (Racc. pag. I-14393, punto 34).

scenze mediche e biomediche e delle grandi differenze contestuali nella valutazione di una grande varietà di handicap.

67. Ciò induce a non tentare di dare definizioni della nozione di «handicap» più o meno esaustive e definitive. L'interpretazione di tale nozione da parte della Corte fornirà al giudice nazionale i criteri e i punti di riferimento di diritto comunitario grazie ai quali tale giudice potrà trovare una soluzione per la questione giuridica dinanzi ad esso pendente [9].

68. In tal modo possono essere assicurate all'interno della Comunità l'interpretazione e l'applicazione convergenti della nozione di «handicap», senza compromettere il carattere aperto di tale nozione. Sotto tale profilo condivido le opinioni in proposito espresse dal governo olandese [10].

4. Handicap, discriminazione e compensazione

69. Nel corso degli anni il legislatore negli Stati di diritto sociali europei si è occupato in tre modi della tutela dei portatori di handicap.

70. Già con il sorgere della legislazione in materia di sicurezza sociale sono stati presi provvedimenti speciali per le persone che, rimaste invalide a seguito di infortuni sul lavoro, non potevano più prender parte al processo lavorativo. In seguito, mediante provvidenze sociali, è stata garantita la sopravvivenza di coloro che non potevano provvedere al proprio mantenimento a seguito di un handicap.

71. L'idea che sugli handicap non possano fondarsi ingiustificate discriminazioni nel mercato del lavoro e in altri settori dell'attività sociale è una nozione che ha preso gradatamente piede dopo la seconda guerra mondiale. Essa ha condotto ad una specificazione del principio della parità del trattamento concentrata sulla discriminazione fondata su un handicap. Nel diritto comunitario tale specificazione è stata esplicitata nell'art. 13 e nella direttiva 2000/78.

72. L'evoluzione delle conoscenze mediche unitamente alle aumentate possibilità tecnologiche ha comportato che, in un crescente numero di casi, ove in precedenza era giustificato il trattamento speciale dei disabili nel mercato del lavoro e in altri settori dell'attività sociale, giacché essi non potevano — più — rispondere ai requisiti per una professione o altre attività, si è potuta trovare una tale compensazione per il deficit e/o la

9 — Ciò del resto è conforme alla costante giurisprudenza della Corte riguardo alla natura della collaborazione tra il giudice comunitario e il giudice nazionale. In proposito, vedasi già la sentenza 4 febbraio 1964, causa 20/64, Albatros (Racc. pag. 38).

10 — A nome del governo olandese è stato osservato, in particolare, che il carattere aperto della nozione non rende necessaria né auspicabile una definizione conclusiva. A parere di tale governo il significato di cosa sia un handicap viene, in definitiva, determinato dalle particolarità del caso concreto (punto 23 delle osservazioni scritte).

riduzione degli ostacoli da ciò derivanti che i disabili potevano — nuovamente — proseguire integralmente o parzialmente le loro occupazioni o attività.

73. La sempre maggiore disponibilità di ragionevoli possibilità di compensazione degli handicap, o di limitazione delle conseguenze di questi, comporta che si riduce il margine per una giustificazione accettabile di una differenza di trattamento fondata sull'handicap. Tale aspetto positivo, in termini di obblighi per il datore di lavoro, del divieto di discriminazione, in linea di principio, negativo, si trova espresso all'art. 5 della direttiva 2000/78 [11].

74. Alla luce di queste quattro osservazioni preliminari proverò qui di seguito a trovare una soluzione per le questioni pregiudiziali poste.

C — *La prima questione pregiudiziale*

75. La soluzione per la prima questione pregiudiziale può essere facilmente dedotta dalle precedenti osservazioni preliminari terza e quarta.

11 — In tale disposizione è espresso quanto previsto al punto 26 della Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, citata al paragrafo 9 delle presenti conclusioni.

76. I disabili sono persone con gravi limitazioni funzionali (handicap) derivanti da menomazioni fisiche, mentali o psichiche.

77. Da ciò deriva una doppia conseguenza:

— 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;

— il problema di salute quale causa di una limitazione funzionale, in linea di principio, deve essere tenuto distinto da tale limitazione.

78. Una malattia in quanto causa di un eventuale futuro handicap, in linea di principio, non può quindi essere assimilata all'handicap. Essa non fornisce pertanto un punto di contatto con il divieto di discriminazione di cui all'art. 13 CE in combinato disposto con la direttiva 2000/78.

79. Tutto ciò subisce un'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.

80. Un licenziamento a causa di malattia può quindi presentare una discriminazione fondata su un handicap, vietata dalla direttiva 2000/78, solo qualora l'interessato possa dimostrare che hanno costituito unico motivo del suo licenziamento non la malattia stessa, ma le limitazioni di lunga durata o permanenti da essa risultanti.

81. A titolo di completezza aggiungo che, in tale ipotesi il licenziamento può nondimeno essere giustificato, laddove le limitazioni funzionali considerate — l'handicap — rendano impossibile ovvero limitino gravemente l'esercizio della professione o dell'attività considerate [12].

82. Tale giustificazione è tuttavia ammissibile unicamente nel caso in cui per il datore di lavoro non siano disponibili mezzi ragionevoli, che limitino o compensino l'handicap considerato in maniera tale che il disabile possa continuare ad esercitare la sua professione o attività [13].

12 — V. direttiva 2000/78, art. 4, n. 1.

13 — V. direttiva 2000/78, art. 5.

83. Il requisito di 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 rimborsati 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 un ostacolo oppure costituisca un ostacolo notevolmente più contenuto.

D — *La seconda questione pregiudiziale*

84. Dalla seconda osservazione preliminare di cui supra si può ricavare la soluzione per la seconda questione pregiudiziale:

— né la genesi né il testo dell'art. 13 CE e della direttiva 2000/78 consentono di far rientrare in essi la malattia quale oggetto autonomo di un divieto di discriminazione;

— un divieto di discriminazione siffatto non può essere neppure ricavato quale specificazione del principio generale della parità di trattamento.

V — Conclusione

85. Alla luce di quel che precede suggerisco alla Corte di risolvere le questioni sottopostele dal Juzgado de lo Social n. 33 de Madrid (Spagna) nel modo seguente:

1. In linea di principio, una malattia quale causa di un eventuale futuro handicap non può essere equiparata ad un handicap. Di per sé essa non fornisce pertanto un punto di contatto con il divieto di discriminazione fondata su un handicap di cui all'art. 13 CE in combinato disposto con la direttiva del Consiglio 27 novembre 2000, 2000/78/CE, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro. Ciò subisce un'eccezione unicamente nell'ipotesi in cui, nel corso della malattia, si manifestino limitazioni funzionali di lunga durata o permanenti, che vanno considerate quali handicap. Incomberà in tal caso all'interessato, che invochi il divieto di discriminazione fondata su un handicap, dimostrare che hanno costituito unico motivo del suo licenziamento non la malattia stessa, ma le limitazioni di lunga durata o permanenti da essa risultanti.

2. Né la genesi, né il testo dell'art. 13 CE e della direttiva 2000/78 consentono di far rientrare la malattia quale motivo autonomo del divieto di discriminazione tra i motivi di discriminazione in esso vietati. In tale prospettiva un siffatto divieto di discriminazione non può neppure essere considerato una specificazione del principio generale della parità di trattamento.