I divieti di discriminare le persone portatrici di handicap in Austria[1]
Soluzioni ragionevoli per persone portatrici di handicap

Ao. Univ.-Prof. Dr. Wolfgang Brodil
Università di Vienna

1. Principi generali

I provvedimenti materiale adottati dagli Stati membri si fondano sull'esigenza di recepire il diritto europeo: al fine di assicurare l'applicazione del principio della parità di trattamento alle persone portatrici di handicap, la cosiddetta Direttiva quadro 2000/78/CE[2] - basandosi in particolare sull'Art. 13 TCE che contempla l'adozione di provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate, tra l'altro, sugli handicap - impone l'attuazione di *soluzioni ragionevoli per persone portatrici di handicap*.

Il campo d'azione della Direttiva è di per sé limitato all'occupazione e alla vita lavorativa[3]. Ai sensi dell'Art. 5, ciò comporta, per il datore di lavoro, l'obbligo di adottare misure appropriate e necessarie nel caso specifico per consentire alle persone portatrici di handicap di accedere all'occupazione, all'esercizio di una professione, all'avanzamento di carriera e alla partecipazione a corsi di formazione permanente e di specializzazione. La Direttiva introduce peraltro delle eccezioni nei casi in cui tali soluzioni comportino un onere sproporzionato per il datore di lavoro. Non sono mai considerate sproporzionate le soluzioni il cui onere è compensato in modo sufficiente da misure – evidentemente intese come disposizioni di legge – esistenti nel quadro della politica di uno Stato membro[4]. Su questo aspetto ci si soffermerà in seguito.

Ad ogni modo, l'Unione Europea ha esteso anche ai portatori di handicap il principio della parità di trattamento, solidamente ancorato in numerosi atti giuridici della Comunità[5]. Le valutazioni fondanti sono da ricercarsi, ad esempio, nell'approccio che considera diritti universali della persona l'uguaglianza di tutti davanti alla legge e la tutela contro la discriminazione[6]. Anche la Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali riconosce l'importanza della lotta contro ogni forma di discriminazione, ivi compresa la necessità di intraprendere azioni appropriate per l'integrazione sociale ed economica degli anziani e dei disabili[7]. Il Considerando 11 della Direttiva afferma espressamente che la discriminazione – anche basata su un handicap – può pregiudicare il conseguimento degli obiettivi del Trattato CE, in particolare il raggiungimento di un elevato livello di occupazione. In modo altrettanto esplicito si ricorda anche l'importanza delle misure ordinate per la lotta contro la discriminazione fondata sull'handicap[8]. Vanno così tenute in debito conto le esigenze delle persone portatrici di handicap sul posto di lavoro, adottando misure *appropriate* – che i

---

[1] Il presente intervento si basa essenzialmente sui contributi del relatore in: Tomandl/Schrammel (Hrsg) Arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbote (2005) 63 sgg., e in: Rebhahn (Hrsg) Gleichbehandlungsgesetz Kommentar (2005) Anhang II, Diskriminierungsverbote für Menschen mit Behinderung 681 sgg.

[2] Dir. del Consiglio del 27 novembre 200 che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro.

[3] Cfr. Art. 1 e 3 Dir. 2000/78/CE.

[4] Art. 5 ultima frase della Dir.

[5] Per quanto segue, cfr: *Brodil*, Differenzierung nach Behinderungen, in: Tomandl/Schrammel (Hrsg), Arbeitsrechtliche Diskriminerungsverbote (2005) 63 sgg.

[6] Cfr. Considerando 4. della Dir. 2000/78/CE.

[7] Considerando 6 della Dir. 2000/78/CE.

[8] Cfr. Considerando 16 e 20 della Dir. 2000/78/CE.

legislatori europei desiderano vedere interpretate come misure efficaci e praticabili – per adeguare il posto di lavoro in funzione dell'handicap. Tra tali misure si annoverano anche la sistemazione dei locali e l'adattamento delle attrezzature.

Per il resto, la Direttiva 2000/78/CE ricalca principi strutturali "consolidati", applicando i concetti già noti di discriminazione diretta e indiretta[9] e di molestie e riprendendo strutture già familiari anche per il sistema delle possibili giustificazioni oggettive[10]. Essa esclude inoltre dal campo di applicazione i regimi di sicurezza sociale o di protezione sociale[11] e, allo stesso modo, prevede che possano essere esentate dall'obbligo dell'uguaglianza di trattamento delle persone portatrici di handicap o di non discriminare in funzione dell'età[12] anche le condizioni di lavoro presso le forze armate – nonché i servizi di polizia, penitenziari, ecc.[13]

2. L'attuazione in Austria con la Legge per la parità dei portatori di handicap (Behindertengleichstellungsgesetz – BGStG)

Il legislatore austriaco, per motivi non specificati in questa sede, ha scelto di emanare una legge che assicurasse ai disabili una tutela **molto ampia** contro le discriminazioni. Il recepimento della Dir. 2000/78/CE è così avvenuto in due ambiti: nel cosiddetto "ambito generale" tramite la Legge federale per la parità dei portatori di handicap (BGStG) e nell'ambito occupazionale con la riforma della normativa preesistente sulle assunzioni delle persone portatrici di handicap[14].

La normativa „generale" (BGStG) mira ad eliminare ogni forma di discriminazione delle persone portatrici di handicap[15]. Essa intende altresì assicurarne la partecipazione equiparata alla vita della società e permettere loro di condurre una vita autonomamente determinata.

Spingendosi più in là del campo di applicazione definito a livello europeo, la Legge federale per la parità dei portatori di handicap (BGStG) accorda alle persone portatrici di handicap una tutela "generale"[16]. Il legislatore intende sostanzialmente promuovere la parità delle persone portatrici di handicap in tutti gli ambiti della vita[17].

Accanto ai campi di applicazione specifici, non ulteriormente considerati in questa sede, la BGStG verte essenzialmente sui rapporti giuridici - preliminari e motivazioni comprese-, nonché sull'utilizzo o la rivendicazione di prestazioni non rientranti in un rapporto giuridico nei casi relativi all'accesso a beni e servizi a disposizione del pubblico e alla loro fornitura in

---

[9] Cfr.Art. 2.

[10] Cfr. Art. 2 comma 2 lit i, ii.

[11] Art. 3 comma 3 della Dir.

[12] Cfr. Considerando 18 della Dir. 2000/78/CE.

[13] Cfr. Art. 3 comma 4 della Dir.

[14] BGBl I 82/2005. Legge federale che disciplina la parità delle persone portatrici di handicap (Bundes-Behindertengleichstellungsgesetz – BGStG). Contestualmente sono state emendate la Legge sull'assunzione delle persone portatrici di handicap, la Legge federale sulle persone portatrici di handicap, la Legge federale sugli uffici sociali, la Legge sulla parità di trattamento, la Legge federale sulla commissione per la parità e la difesa della parità, nonché la Legge federale sulla parità di trattamento.

[15] Cfr. la finalità dell'Art. 1.

[16] Cfr. Considerando 18 della Dir. 2000/78/CE.

[17] Cfr. Considerando 18 della Dir. 2000/78/CE e Art. 7 comma 1 B-VG.

cui la Federazione disponga di una competenza regolamentare diretta[18]. È esclusa la tutela dalle discriminazioni nel mondo del lavoro, la cui disciplina è riservata alla Legge federale sulle assunzioni dei portatori di handicap (Behinderteneinstellungsgesetz - BEinstG)[19].

La nozione di discriminazione corrisponde a quella dell'Art. 3 della Legge federale sulle assunzioni dei portatori di handicap (BeistG), a sua volta emendato. Le principali disposizioni comprendono il divieto di discriminazioni dirette o indirette (Art. 4 BGStG) che riguarda (anche) l'accesso fisico o le maggiori difficoltà di accesso incontrate dai portatori di handicap *("Eliminazione delle barriere negli ambienti di vita")*. In relazione alle persone portatrici di handicap, la nozione di discriminazione trova tuttavia il suo limite nell'esigenza di **proporzionalità**. In conformità con l'Art. 6 comma 1 BGStG non si configura infatti una discriminazione indiretta ai sensi dell'Art. 5 comma 2 quando l'eliminazione delle condizioni che danno origine a una penalizzazione - in particolare di barriere architettoniche – risulterebbe illegale o irragionevole in quanto onere sproporzionato.

In caso di violazione del divieto di discriminazione, anche il BGStG prevede effetti giuridici analoghi a quelli sanciti dalle disposizioni relative alla parità "generale"[20]. L'attuazione delle rivendicazioni derivanti dalla BGStB è di competenza dell'*Ufficio arbitrale*[21] e non è oggetto di ulteriore esame in questa sede.

Si può tuttavia rilevare già da ora che il legislatore austriaco si limita sostanzialmente a copiare il testo della versione linguistica tedesca della Direttiva, senza introdurvi alcuna normativa chiarificatrice specifica. Poiché però il testo della Direttiva è a sua volta caratterizzato da un alto grado di indeterminatezza, evidentemente imputabile alla difficoltà di trovare una posizione comune ai 15 o 25 Stati membri, il suo recepimento letterale nel diritto interno impone, in particolare agli operatori nazionali del diritto, di affrontare delicate questioni di definizione. Mi sia ora consentito avvalermi di alcuni esempi per cercare di portare un po' di luce in questa oscurità.

3. Le modifiche nell'assunzione dei portatori di handicap introdotte dalla BEinstG

3.1. Principi generali

La nuova regolamentazione lascerà sostanzialmente invariata la legislazione relativa ai portatori di handicap[22] vigente nel **mondo del lavoro**. La normativa a beneficio dei cosiddetti portatori di handicap "privilegiati" (vale a dire persone che presentano un grado di disabilità superiore al 50% - cfr. anche Tomo IX del Codice di diritto sociale della Repubblica Federale Tedesca) viene cioè integralmente mantenuta. La BEinstG prevede infatti già da ora norme speciali (tutela contro il licenziamento, obbligo di assunzione o, in caso di non ottemperanza, corresponsione di una tassa di compensazione) per questa categoria di lavoratori.

I divieti di discriminazione imposti dal diritto europeo saranno sostituiti dal nuovo testo, ampiamente rivisitato, degli Artt. 7 sgg. BeinstG che, finora, contemplava esclusivamente il divieto di decurtare la retribuzione di un lavoratore disabile a motivo dell'handicap. Inoltre,

---

[18] Cfr. Art. 2 comma 2 BGStG.

[19] A tal proposito cfr. più diffusamente 3 sg.

[20] Cfr. Artt 9 sgg. BGStG.

[21] Cfr. anche norma di competenza in caso di discriminazione multipla, Art. 11 BGStG.

[22] Behinderteneinstellungsgesetz , BEinstG BGBl 22/1970, in seguito, BGBl I 71/2003.

l'Art. 6 della BEinstG prevedeva già una tutela "morbida" contro la discriminazione, disponendo ad esempio che, in funzione della tipologia di occupazione e di luogo di lavoro, si dovesse usare particolare riguardo nei confronti dei portatori di handicap. Con l'Art. 6 comma 1a si crea ora un **obbligo generale di eliminazione** degli ostacoli, che esamineremo di seguito.

3.2. La nozione di handicap

Esaminiamo innanzitutto la definizione giuridica di handicap: la legislazione austriaca intende per handicap "l'effetto non solo temporaneo della riduzione di funzioni fisiche, mentali o psichiche, o di funzioni sensoriali, atto ad ostacolare la partecipazione alla vita lavorativa. È considerato non solo temporaneo un arco di tempo prevedibilmente più lungo di sei mesi."

La Direttiva, infatti, non impone una definizione di handicap, lasciando così al legislatore nazionale un margine di manovra relativamente ampio. La definizione austriaca si basa comunque (ancora) su un approccio materiale "di sistematica mutualistica", pur contemplando ormai anche l'handicap sensoriale[23]. Nell'ambito di un esame materiale del concetto di handicap si deve pertanto valutare se la partecipazione della persona alla vita lavorativa risulta ostacolata.

A mio avviso la constatazione dell'handicap assume un'importanza straordinaria, in quanto tutti gli effetti giuridici sono appunto collegati all'esistenza di una *qualsiasi minima forma di handicap*. Per sua natura, l'handicap di una persona paraplegica è facilmente constatabile. Ma devono essere considerati portatori di handicap anche un mancino o una persona affetta da iperidrosi?
La constatazione dell'"handicap" risulta al contempo rilevante anche ai fini della definizione della tipologia e della portata delle misure ragionevoli.

L'interpretazione di handicap della normativa austriaca si basa sugli approcci della stessa Commissione Europea[24]. Impostazioni analoghe emergono anche nelle definizioni dell'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS)[25]. Altre similitudini sostanziali si trovano inoltre nel disposto dell'Art. 2 1 del Tomo IX del Codice di diritto sociale della Repubblica Federale Tedesca[26].

In relazione alla presenza di un handicap, la problematica della definizione risulta estremamente complessa, in particolare a causa dell'alto grado di indeterminatezza e dei problemi di delimitazione della nozione di handicap rispetto a quella di malattia. L'handicap e il suo superamento nel contesto sociale sono essenzialmente indicati con la triade "impairment – activity – participation"[27]. Il concetto di *impairment* (minorazione) designa la perdita o la degenerazione della struttura corporea o di una funzione fisica o psichica. Il

---

[23] Cfr. a tale proposito 836 BlgNr EBzRV XXII. GP, pagina 12.

[24] Cfr. Helios II – Europäischer Leitfaden für empfehlenswerte Praktiken – auf dem Weg zur Chancengleichheit für behinderte Menschen; vedi anche *Sturm*, Der europarechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz und dessen Umsetzung im österreichischen Arbeitsrecht, Diss. Wien 2003, 171 in FN 536; vedi anche *Steinmeyer*, in: Council of Europe Publishing (Hrsg), Legislation to counter discrimination against persons with disabilities[2] (2003).

[25] Cfr. *Steinmeyer*, in: Council of Europe Publishing (Hrsg), Legislation to counter discrimination against persons with disabilities[2] 23.

[26] A questo proposito cfr. più diffusamente *Mrozynski*, SGB IX Parte 1 (2002) § 2 r 1 sgg; vedi anche *Rolfs*, ErfK 580 SGB IX Artt. 68, 69 r 1.

[27] *Mrozynski*, SGB IX Parte 1 Art. 2 r 1 sgg.

concetto di *activity* indica la tipologia e la portata (della minorazione) delle capacità funzionali di una persona concreta rispetto alle capacità considerate normali in una persona. *Participation*, infine, indica la forma e il grado di partecipazione di una persona ai vari contesti di vita. In tal modo, per constatare la presenza di un handicap, da un pregiudizio alla salute deve risultare una menomazione funzionale che sfocia in deficit di partecipazione in uno o più contesti dell'esistenza[28].

Si consideri l'esempio di una persona che presenti un handicap nella deambulazione (imputabile a.e. all'anchilosi dell'articolazione del ginocchio): si è in presenza di impairment e la riduzione della funzionalità (activity) consiste nella limitazione della capacità di salire le scale. Se tale limitazione assume carattere duraturo, risulta generalmente pregiudicata anche la partecipazione (participation) della persona, cosicché va supposta la presenza di un handicap[29]. In alcuni casi, tuttavia, l'ipotesi di handicap può invece non configurarsi anche in presenza di riduzioni funzionali perché, nella situazione specifica, la *participation* non risulta in alcun modo ridotta. La nozione di handicap deve pertanto essere considerata come *nozione tipo*: nelle fattispecie concrete essa non richiede la presenza marcata di tutti i suoi elementi. L'indispensabilità dei singoli elementi dipende pertanto dal *contesto concreto* in cui il concetto di "handicap" risulta rilevante.

Se il portatore dell'handicap alla deambulazione sopra menzionato desidera essere assunto come meccanico di precisione, potrebbe non essere considerato come portatore di handicap ai fini dell'esercizio delle mansioni caratteristiche di tale professione – e quindi delle sue effettive prestazioni. La sua partecipazione, tuttavia, risulta indubbiamente limitata relativamente all'accesso al luogo di lavoro, e questo configura una situazione di handicap.
Se una persona presenta invece, ad esempio, disturbi dell'apprendimento, l'eventuale pregiudizio alla sua partecipazione dipende dal contesto concreto a cui si fa riferimento: si è indubbiamente in presenza di handicap nel settore dell'accesso a iniziative di adeguamento al mercato del lavoro tramite la partecipazione a corsi di addestramento[30], ma non si configura invece handicap ai fini di un'eventuale assunzione come operaio per l'esecuzione di facili attività manuali. In materia di **diritto del lavoro,** nei casi dubbi si deve ammettere un'interpretazione più ampia del concetto di handicap[31].

3.3. Soluzioni ragionevoli e misure di promozione

L'Art. 6 comma 1a della BEinstG dispone innanzitutto: „I datori di lavoro sono tenuti ad adottare le misure appropriate e necessarie nel caso concreto per consentire ai portatori di handicap l'accesso all'occupazione, l'esercizio di una professione, l'avanzamento professionale e la partecipazione alla formazione professionale e continua, a meno che tali misure richiedano da parte del datore di lavoro un onere sproporzionato. Tali misure non sono sproporzionate allorché l'onere è compensato in modo sufficiente da misure di promozione esistenti nel quadro di disposizioni della Federazione o del Land".

La norma di cui all'Art. 6 comma 1a della BEinstG comporta manifestamente per il datore di lavoro un obbligo *generale* di eliminare o di evitare barriere alle persone disabili. Rimane

---

[28] *Rolfs*, ErfK 580 SGB IX Artt 68, 69 r 1.
[29] *Mrozynski*, SGB IX Parte 1 Art. 2 r 5.
[30] Così ad esempio *Mrozynski*, SGB IX Parte 1 Art. 2 r 33 con poche modifiche.
[31] *Brodil*, in: Tomandl/Schrammel, Arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbote 63 sgg.

tuttavia assolutamente indefinito il nesso con l'Art. 7 commi 4 sgg. BEinstG[32]. Esaminiamo pertanto più da vicino la fattispecie sostanziale di cui all'Art. 7 c:

(3) Una diversità di trattamento a causa di una caratteristica riconducibile ad un handicap, non configura discriminazione se la caratteristica in questione costituisce un presupposto professionale essenziale e decisivo per la natura di un'attività professionale specifica o delle condizioni che ne consentono l'esercizio, e nella misura in cui la diversità di trattamento persegua un obiettivo legittimo introducendo un requisito ragionevole.
(4) Non si configura una discriminazione indiretta ai sensi del comma 2 se l'eliminazione delle condizioni all'origine di una penalizzazione, in particolare di barriere, risulterebbe illegale o irragionevole in quanto onere sproporzionato.
(5) L'esame della proporzionalità dell'onere deve considerare in particolare:

1. *la spesa connessa all'eliminazione delle condizioni all'origine della penalizzazione,*
2. *le disponibilità economiche del datore di lavoro o, nei casi di cui all'Art. 7b comma 1 Z 8 – 10, della relativa persona giuridica,*
3. *i finanziamenti pubblici per misure corrispondenti,*
4. *il tempo intercorso tra l'entrata in vigore della legge federale e la presunta discriminazione.*

(6) Se l'eliminazione delle condizioni all'origine della penalizzazione costituisce un onere sproporzionato ai sensi del comma 4, si configura una discriminazione se si è tralasciato di apportare con misure ragionevoli almeno un miglioramento decisivo della situazione della persona in questione, inteso come il massimo avvicinamento possibile alla parità. La verifica della ragionevolezza avviene alla luce del comma 5.
(7) In sede di constatazione della presenza di una discriminazione indiretta imputabile a delle barriere si deve valutare l'esistenza di disposizioni di legge sull'eliminazione delle barriere applicabili al caso specifico, e se e in quale misura esse sono state rispettate. Sono considerate prive di barriere le strutture, i mezzi di trasporto, gli oggetti tecnici di uso comune, i sistemi di trattamento delle informazioni, nonché gli altri ambiti della vita allestiti dall'uomo che risultano accessibili e fruibili per i portatori di handicap nel modo generalmente abituale, senza particolari difficoltà e senza richiedere l'assistenza di terzi.

L'Art. 7c rappresenta il cuore della normativa antidiscriminatoria a vantaggio dei portatori di handicap: in presenza di un handicap vige il divieto di operare discriminazioni dirette o indirette, di molestare o di ordinare di discriminare a motivo di tale handicap. In base a criteri generali, anche nell'ambito dell'handicap si è in presenza di una discriminazione quando non esistono *giustificazioni oggettive*. L'Art. 7c commi 1 e 2 della BeinstG ricalca in tal modo le "strutture note contro la discriminazione".

Relativamente al comma 3, va rilevato che la natura dell'handicap comporta differenze effettive di produttività, che sono almeno in parte caratteristiche distintive dell'handicap stesso. Ciò distingue nettamente questa materia dalle disparità di trattamento fondate ad esempio sul sesso, sull'orientamento sessuale o sulla razza. Relativamente all'articolazione delle disposizioni, questa problematica *va distinta in due parti*: da un lato vanno esaminati i casi in cui l'eventuale discriminazione non deriva da restrizioni d'accesso materiali. In queste

[32] Cfr. già *Brodil*, Invalidi v avstrijskem pravnem redu (Menschen mit Behinderungen in der österreichischen Rechtsordnung; zweisprachig), in Nacionalni informativni dnevi 2005 - Nediskriminacija in enake pravice invalidov v zakonodaij (National Information Days - Non-discrimination and equal rights in legislation for persons with disabilities, Slovenija 2005) 69 sgg. 151 sg.; *Schindler*, Zur Umsetzung des EU-Rechts in Österreich – Parte 2: Überblick über die RL, deren Umsetzung bevorsteht, insb die Antidiskriminierungs-RL, DRdA 2003, 523 (530).

situazioni la discriminazione può generalmente essere evitata grazie a una libera decisione o a disposizioni unilaterali del datore di lavoro (comma 3). La seconda categoria è costituita dai casi in cui la limitazione della partecipazione dei portatori di handicap può essere eliminata solo tramite l'attuazione di misure tecniche in senso lato (principalmente commi 4 e sgg.).

Relativamente all'Art. 7c comma 3:
Non si è in presenza di discriminazione se, per la natura di un'attività professionale specifica o delle condizioni che ne consentono l'esercizio, una determinata caratteristica costituisce un presupposto professionale decisivo. Vi deve però essere un obiettivo legittimo e il requisito deve essere ragionevole – nel senso dell'ormai affermata giustificazione oggettiva. La dottrina[33] ritiene che si possano considerare come presupposto professionale essenziale e decisivo per rivestire una determinata posizione lavorativa solo le caratteristiche che costituiscono le mansioni centrali del contratto lavorativo. L'aspetto sportivo che ci si aspetta in un rappresentante di prodotti sportivi non può pertanto giustificare (in alcun modo) l'esclusione di una persona in sedia a rotelle aspirante a questa funzione. Tale constatazione risulta in un certo qual modo contraddittoria rispetto alla giurisprudenza dell'OGH in materia di discriminazione fondata sul sesso: il rifiuto di un datore di lavoro di ricorrere a rappresentanti di sesso femminile per capi di abbigliamento maschile non configura una violazione del divieto di discriminare a motivo del sesso[34]. Di conseguenza, la scelta esclusiva di lavoratori di sesso maschile andrebbe qui considerata come giustificazione oggettiva.

È indubbio che la presenza di una discriminazione non dipende esclusivamente dalle disposizioni del datore di lavoro. Altrimenti, si potrebbe giungere al caso limite di persone a sudorazione particolarmente intensa o in sovrappeso – che, in forza dell'interpretazione precedentemente illustrata dei disturbi funzionali e della partecipazione ridotta, *potrebbero* essere considerate portatrici di handicap - a cui potrebbe essere negata un'occupazione con una motivazione oggettiva fondata esclusivamente sull'imposizione di requisiti di immagine.

D'altro canto, l'handicap deve essere oggettivamente dato. A mio avviso deve essere possibile constatare in via teorica **un determinato grado di disabilità o di riduzione dell'abilità al lavoro**[35]. Ai sensi dell'Art. 14 BEinstG si considerano rilevanti ai fini della *constatazione* di un handicap privilegiato solo le riduzioni dell'abilità superiori al 50%. Per ragioni di unitarietà dell'ordinamento giuridico e in ambito sistematico possono però configurare un handicap solo i disturbi funzionali che comportano anche una minorazione dell'abilità al lavoro conformemente alla sistematica della Legge sull'assunzione dei portatori di handicap o delle regolamentazioni di materie affini. In questo contesto sono degne di nota anche le aliquote di riferimento in vigore – che si orientano sui tassi di utilizzo ossei e delle articolazioni. Pertanto, le caratteristiche fisiche che non comportano alcuna riduzione dell'abilità al lavoro conformemente a tali criteri non potranno mai essere considerate motivo di discriminazione, cosicché le differenziazioni operate in questo ambito dai datori di lavoro non sono soggette ad alcun controllo di merito.

D'altro canto il divieto di discriminare va interpretato in chiave teleologica, come suggeriscono l'uso dei concetti "presupposto professionale decisivo" e il telos del diritto

---

[33] 836 BlgNr Ebzr XXII. GP, pagina 14.

[34] OGH 12.1.2000, 9 Ob A 318/99a, RdW 2000, 474 - -Venditori di abbigliamento maschile; a questo proposito *Gerlach*, Gleichbehandlung bei der Begründung des Dienstverhältnisses, RdW 2000, 610; *Rauch*, Zum Schadenersatz nach dem GlBG, ecolex 2000, 441.

[35] *Brodil*, in: Tomandl/Schrammel, Arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbote 63 sgg.

europeo. La documentazione interpretativa considera però ammissibili criteri di differenziazione basati su caratteristiche fisiche solo se essi sono essenziali per le mansioni fondamentali identificate dal contratto di lavoro – in tal modo l'eccezione di cui all'Art. 7b comma 3 va interpretata in modo restrittivo[36]. La diversità di trattamento non deve quindi *verificarsi esclusivamente a causa dell'handicap*. Si escludono così le diversità di trattamento dovute a considerazioni di carattere generale e non specificamente riferite all'attività in questione.

Quanto più elevato il grado di disabilità, tanto più oggettivamente giustificate saranno le diversità di trattamento. In caso di handicap grave è più facile definire e considerare determinate funzioni o abilità fisiche come requisiti professionali decisivi, in questo contesto intervengono al contempo anche particolari regimi di incentivi – ad esempio l'esenzione dal versamento della tassa compensativa o altro.
Quanto più modesto l'handicap, tanto più difficile risulta invece per il datore di lavoro ricondurre le proprie differenziazioni ai requisiti professionali essenziali e decisivi di cui all'Art. 7c comma 3.

Relativamente all'Art. 7c commi 4 sgg.:
La normativa relativa all'obbligo di eliminare gli svantaggi per i portatori di handicap crea una molteplicità di questioni di delimitazione. Le disposizioni europee impongono infatti al datore di lavoro di adottare, in funzione del caso specifico, misure ragionevoli, appropriate e necessarie per consentire ai portatori di handicap di accedere all'occupazione e all'esercizio della professione. In questo contesto è rilevante tanto la libera decisione unilaterale del datore di lavoro, quanto l'eliminazione materiale delle barriere. Va ricordato che, poiché al datore di lavoro non sono imposti solo obblighi di omissione, bensì anche obblighi di azione[37], siamo di fronte a un "nuovo" ambito della parità.

Si rinvii innanzitutto al disposto dell'Art. 6 comma 1a che, analogamente all'Art. 7c commi 4 e 5, comporta il divieto o, se del caso, l'obbligo di eliminazione delle barriere all'accesso. È interessante rilevare che l'Art. 6 comma 1a introduce manifestamente un obbligo *di principio* di allestire i luoghi di lavoro – intesi in senso lato – nel rispetto delle esigenze dei portatori di handicap, anche se l'onere che ne consegue sembra limitato alle corrispondenti misure di promozione. L'Art. 7c comma 4 (e 5) contempla invece solo l'*eliminazione* degli ostacoli, mentre le misure di promozione e le sovvenzioni "vanno solo considerate" in sede di constatazione della ragionevolezza[38].

La nozione di obbligo di eliminazione è già poco determinata di per sé. Non si precisa infatti quando e in che misura interviene l'obbligo di agire. Sembra eccessivo che il datore di lavoro sia tenuto ad eliminare in via preventiva ogni barriera d'accesso ai luoghi di lavoro se ciò non comporta un onere sproporzionato[39]. La costruzione di nuovi edifici e la ristrutturazione non devono quindi assicurare l'accessibilità generale alle persone in sedia a rotelle, la presenza di guide tattili per i non vedenti, ecc. Le direttive europee e il previsto recepimento nella

---

[36] Così anche l'impostazione tedesca, cfr. *Rolfs*, ErfK 580 SGB IX Art. 81 r 7.

[37] Nella genesi delle regolamentazioni non si trova alcuna considerazione di natura costituzionale relativa alla nozione di proprietà implicitamente creata; critica di tale fatto ad esempio in: *Winkler*, Die neuen europäischen Gleichbehandlungsregeln, ZAS 2004, 52 (57).

[38] Quanto segue riprende: *Brodil*, Invalidi v avstrijskem pravnem redu (Menschen mit Behinderungen in der österreichischen Rechtsordnung; zweisprachig), in: Nacionalni informativni dnevi 2005 - Nediskriminacija in enake pravice invalidov v zakonodaij (National Information Days - Non-discrimination and equal rights in legislation for persons with disabilities, Slovenija 2005.

[39] Così *Schindler*, DRdA 2003, 523 (530).

legislazione nazionale si articolano in un rapporto naturalmente dialettico con il diritto di proprietà, tutelato a sua volta dalla normativa europea e, indubbiamente, dal diritto costituzionale austriaco[40]. È pertanto imperativo procedere ad una ponderazione tra le esigenze dei portatori di handicap e gli interessi dei datori di lavoro[41]. In assenza di una concretizzazione dell'obbligo della parità di trattamento – ad esempio tramite la candidatura o il collocamento di un portatore di handicap – il datore di lavoro non è tenuto ad allestire i suoi luoghi di lavoro a titolo prudenziale per renderli totalmente o nella massima misura possibile conformi alle esigenze dei portatori di handicap. Un obbligo generale di questa natura può essere ragionevole – ad esempio ai sensi del BGstG - per locali destinati ad accogliere la clientela e aperti al pubblico, ma per le aree aziendali accessibili solo ai lavoratori tale obbligo non va presupposto. In ultima analisi, infatti non si ha alcuna certezza a proposito del grado o delle caratteristiche dell'allestimento che potrebbe rivelarsi necessario in futuro per soddisfare le esigenze di un portatore di handicap.

L'Art. 6 comma 1a contempla solo un obbligo evidentemente "generale", ma menziona al contempo solo il "caso concreto". Per questo motivo va privilegiato un approccio equilibrato, secondo il quale, in sede di costruzione o di ristrutturazione dei propri luoghi di lavoro, il datore di lavoro è tenuto ad allestirli conformemente alle esigenze dei disabili *nella misura in cui* può beneficiare di sovvenzioni.

L'Art. 7c commi 4 e 5 menziona per contro l'*eliminazione* delle condizioni all'origine di penalizzazioni, la cui omissione è consentita laddove essa comporterebbe un onere sproporzionato. Tale obbligo va quindi constatato in base all'onere che esso comporterebbe e alla disponibilità finanziaria dell'azienda. La sproporzionalità può tutt'al più derivare dalla disponibilità finanziaria dell'azienda[42], che pertanto costituisce indubbiamente un criterio determinante, come può essere desunto in modo sufficientemente esplicito anche dal Considerando 21 della Direttiva, secondo il quale si devono valutare i costi finanziari o di altro tipo che l'eliminazione comporta, nonché le dimensioni, le risorse finanziarie e il fatturato totale dell'azienda e la possibilità di ottenere fondi pubblici o altre sovvenzioni.

La letteratura relativa all'Art. 7c afferma che la costruzione di un ascensore sarebbe irragionevole se avvenisse in un edificio in cui il luogo di lavoro del datore di lavoro si trova ad un piano superiore e ospita meno di cinque dipendenti. L'esempio non apporta alcuna risposta a molti interrogativi, ma indica che, oltre alla ragionevolezza economica, si deve considerare la (im)possibilità giuridica dell'eliminazione. Ciò vale ad esempio per i casi in cui il datore di lavoro è solo locatario dei locali aziendali e al locatore non può essere imposta una ristrutturazione per conformarli alle esigenze dei portatori di handicap (in questa sede ci si limita a rinviare ai quesiti giuridici derivanti, ad esempio, dal diritto delle locazioni).

L'irragionevolezza può subentrare anche quando la ristrutturazione potrebbe pregiudicare altre postazioni di lavoro o comportare un onere irragionevole per altri lavoratori[43]. Il diritto al *part-time* da parte dei portatori di handicap è irragionevole se comporta per il datore di lavoro la necessità di modificare l'organizzazione del lavoro, con la conseguente intromissione in altri contratti di lavoro[44]. In questo contesto vanno inoltre considerati anche

---

[40] Ad esempio Art. 5 StGG, Art. 1 1.ZP-EMRK; cfr. a tal proposito ad esempio *Öhlinger*, Verfassungsrecht[5] (2003) 375sgg. con poche modifiche.

[41] *Rolfs*, ErfK 580 SGB IX Art. 81 r 16.

[42] Cfr. Art. 5 rr 1 e 2; vedi anche *Rolfs*, ErfK 580 SGB IX Art. 81 r 16.

[43] *Rolfs*, ErfK 580 SGB IX Art. 81 r 16 con poche modifiche.

[44] Così ad esempio LAG Schleswig-Holstein, LAGReport 2003, 29, citato in: *Rolfs*, ErfK 580 SGB IX

il rapporto costi-benefici e la probabile durata del rapporto di lavoro con il portatore di handicap[45]. La precisa delimitazione dell'obbligo ragionevole di eliminare le barriere per i lavoratori portatori di handicap dipende quindi dalla natura e dal grado della disabilità, nonché dalla disponibilità economiche del datore di lavoro e da altre circostanze relative all'attività lavorativa in seno all'azienda.

Ai sensi dell'Art. 6, si può presupporre una discriminazione anche in presenza di oneri irragionevoli o non proporzionati se il datore di lavoro (o l'organizzazione) tralascia le misure ragionevoli in grado di creare una situazione che configuri un miglioramento decisivo della situazione del portatore di handicap, inteso come il *massimo avvicinamento possibile alla parità di trattamento*. In tal modo si intende introdurre una procedura graduale di constatazione della ragionevolezza[46]. La dottrina menziona ad esempio l'impossibilità di fatto di ristrutturare una mensa aziendale per adeguarla alle esigenze dei portatori di handicap. In tal caso il datore di lavoro non deve essere posto in una situazione che gli consenta di evitare la discriminazione tramite un semplice atteggiamento passivo, ma sarebbe invece tenuto ad adottare altre azioni ragionevoli, offrendo ad esempio in via alternativa ai portatori di handicap di mettere a loro disposizione dei buoni-pasto da utilizzare in locali accessibili. Ai sensi dell'Art. 7c comma 6, tali obblighi – che si potrebbero definire sussidiari – sono a loro volta subordinati ad una verifica di ragionevolezza.

Da ultimo, in sede di valutazione della ragionevolezza va considerata anche la possibilità di beneficiare di sovvenzioni pubbliche. È inoltre degno di nota il periodo intercorso tra l'entrata in vigore della normativa e il momento della (supposta) discriminazione. L'esame dell'assenza di barriere (tecniche) va incentrato sul rispetto delle disposizioni di legge applicabili sia in materia edilizia, sia di altra natura[47].

4. Sintesi conclusiva

Si sono immediatamente identificati numerosi quesiti ancora irrisolti relativi, ad esempio alla necessità o meno di notificare secondo verità gli handicap esistenti nella fase preliminare alla stipula di un contratto di lavoro[48]. Imprecisato rimane anche il ruolo che gli handicap svolgono – si pensi alla penalizzazione delle donne –e, soprattutto, svolgeranno in materia di tutela generale contro il licenziamento. Non sono chiari neppure gli effetti del divieto di discriminazione per il licenziamento in sé. La giurisprudenza dovrà pertanto occuparsi ancora a lungo di numerosi problemi specifici.

Va comunque rilevata la conformità con il diritto comunitario di ampie parti della normativa di recepimento austriaca. Al contempo, emerge anche il problema, sempre più evidente nell'ultimo periodo, della relativa indeterminatezza degli orientamenti del diritto europeo, che impongono spesso a legislatori e giudici dei compiti in parte insolubili.

Art. 81 r 16 con poche modifiche.

[45] *Rolfs*, ErfK 580 SGB IX Art. 81 r 17 con poche modifiche.

[46] Cfr. 836 BlgNr EBzRV XXII. GP, pagina 14.

[47] Art. 7; sono contemplate ad esempio le norme tecniche per la salute e la sicurezza dei lavoratori e il regolamento sui luoghi di lavoro, cfr. 836 BlgNr EBzRV XXII. GP, pagina 15.

[48] A tal proposito ad esempio *Rolfs*, ErfK 580 SGB IX Art. 81 r 6; positivamente, sulla precedente situazione giuridica BAG 5.10.1995, AP BGB Art. 123 Nr. 40; cfr. anche *Düwell*, BB 2001, 1527sgg.; più recentemente: *Schaub*, Ist die Frage nach Schwerbehinderung zulässig? NZA 2003, 299.