



Numero 2 / 2020
(estratto)

Barbara de Mozzi

**Sopravvenuta inidoneità alle mansioni,
disabilità, licenziamento**

Sopravvenuta inidoneità alle mansioni, disabilità, licenziamento

Barbara de Mozzi

Professore associato in diritto del lavoro nell'università di Padova

SOMMARIO: 1. La nozione di disabilità adottata dalla direttiva 2000/78/CE. – 2. Il significato polisensito dei termini “handicap” e “disabilità”, nel nostro ordinamento. – 3. Il dovere di introdurre “ragionevoli accomodamenti” per i disabili. – 4. Il licenziamento del lavoratore inidoneo, disabile: la disciplina sanzionatoria.

1. La nozione di disabilità adottata dalla direttiva 2000/78/CE

Le norme del Trattato, della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (articolo 21), o della direttiva 2000/78/CE che affrontano il tema della disabilità in chiave antidiscriminatoria non dettano una definizione esplicita di “disabilità”.

La convenzione ONU 13 dicembre 2006 (articolo 1, comma 2) adotta una nozione ampia ed inclusiva di “persona con disabilità”, riferita a « quanti hanno minorazioni fisiche, mentali, intellettuali o sensoriali a lungo termine che in interazione con varie barriere possono impedire la loro piena ed effettiva partecipazione nella società su una base di eguaglianza con gli altri»; siano dette disabilità acquisite prima, o anche durante il proprio lavoro (articolo 27).

Come noto, siffatta nozione di disabilità, per effetto della ratifica della convenzione ONU da parte dell'Unione europea è penetrata nel diritto antidiscriminatorio europeo. La Corte di giustizia ha, infatti, a più riprese chiarito che, in ragione dell'avvenuta ratifica della convenzione da parte dell'Unione europea, la direttiva 2000/78/CE deve essere interpretata in conformità alla convenzione stessa¹. Risulta dunque abbracciato, anche a livello comunitario, il c.d. modello bio-psicosociale di handicap. Anche la malattia cronica, o di lunga durata può essere considerata "handicap", se ed in quanto effettivamente comprometta la partecipazione del soggetto alla vita (sociale e, per quanto qui di interesse) professionale, in modo duraturo².

Peraltro la Corte di giustizia ha chiarito che non tutte le malattie di lunga durata si traducono in una disabilità, ai sensi della direttiva 2000/78/CE. In particolare, là ove esse non impediscano al soggetto la piena partecipazione alla vita lavorativa³.

¹ C. giust. Ue 11 aprile 2013, C-335 e 337/2011.

² Cfr. da ultimo C. giust. 18 gennaio 2018, C-270/16.

³ Così, ad esempio, nella controversia *Z.*, la lavoratrice, a causa di un'incapacità di procreare aveva fatto ricorso alla maternità surrogata. La Corte ha escluso che la lavoratrice fosse "disabile" ai fini della direttiva 2000/78/CE, non essendo tale incapacità di procreare un ostacolo alla sua vita lavorativa (sotto tale profilo la definizione di cui alla convenzione ONU del 2006 è invece più ampia poiché dà rilievo alle affezioni che pregiudicano non solo la vita lavorativa dei soggetti, ma la loro partecipazione alla società in condizione di parità con gli altri). Si potrebbe, però, sostenere che la necessità per la donna di sottoporsi a trattamenti specifici, volti a superare la difficoltà della procreazione, può avere conseguenze sulla sua partecipazione alla vita lavorativa (ad esempio, può essere necessario che essa debba usufruire di ripetuti congedi dal lavoro, per l'intero – potenzialmente lungo – periodo di trattamento (o trattamenti); con la conseguenza che anche questo tipo di limitazione può, a seconda delle circostanze, comportare una disabilità ai sensi della direttiva 2000/78/CE.

2. Il significato polisenso dei termini “handicap” e “disabilità”, nel nostro ordinamento

Il termine “disabile” è utilizzato dal legislatore nazionale in modo promiscuo. La legge n. 68/1999 considera disabili, ai fini del diritto al c.d. collocamento mirato, i soggetti affetti da invalidità nelle percentuali di cui all’articolo 1. La legge n. 67/2006 utilizza la locuzione “persone con disabilità” per indicare i portatori di handicap, di cui alla legge n. 104/1992. L’articolo 3, comma 3-*bis*, decreto legislativo n. 216/2003⁴, utilizza invece la medesima locuzione (“persone con disabilità”), facendo riferimento testuale alla convenzione ONU del 2006. È utile ricordare la genesi della norma da ultimo richiamata.

Ai sensi dell’articolo 5 della direttiva 2000/78/CE devono essere garantite «soluzioni ragionevoli per i disabili». In conformità a quanto previsto dall’articolo 2, comma 4 e dall’articolo 27 della convenzione ONU sui disabili, gli “accomodamenti ragionevoli” sono «le modifiche e gli adattamenti necessari ed appropriati che non impongano un onere sproporzionato o eccessivo adottati, ove ve ne sia necessità in casi particolari, per garantire alle persone con disabilità il godimento e l’esercizio, su base di uguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali». Il rifiuto di accomodamento ragionevole è

⁴ «Al fine di garantire il rispetto del principio della parità di trattamento delle persone con disabilità, i datori di lavoro pubblici e privati sono tenuti ad adottare accomodamenti ragionevoli, come definiti dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, ratificata ai sensi della legge 3 marzo 2009, n. 18, nei luoghi di lavoro, per garantire alle persone con disabilità la piena eguaglianza con gli altri lavoratori».

espressamente considerato “discriminazione” dall’articolo 2 della convenzione ONU.

Con sentenza 4 luglio 2013 la Corte di giustizia ha condannato l’Italia per non avere imposto a tutti i datori di lavoro di prevedere, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, soluzioni ragionevoli applicabili a tutti i disabili, come previsto dall’articolo 5 della direttiva 2000/78/CE.

In tale occasione la Corte di giustizia ha, bensì, dato atto della previsione dell’articolo 42, decreto legislativo n. 81/2008, ma ha precisato come la stessa disciplini «solo un aspetto dei provvedimenti appropriati richiesti dall’articolo 5 della direttiva 2000/78, cioè l’adeguamento delle mansioni alla disabilità dell’interessato»⁵.

Per effetto della sentenza della Corte di giustizia, al fine di dare corretta attuazione alla direttiva europea 2000/78/CE, è stato emanato l’articolo 3, comma 3-*bis*, d.lgs. n. 216/2003. La genesi dell’intervento normativo non può, dunque, lasciare dubbi sul fatto che la disposizione trovi applicazione non già ai soli “disabili”, riconosciuti tali dall’apposita commissione medica integrata, nelle percentuali utili ai fini dell’accesso al collocamento mirato (cfr. legge n. 68/1999), bensì a tutti i soggetti che, per effetto dell’affezione da cui sono colpiti (handicap, o malattia di lunga durata) incontrino quelle difficoltà di inserimento lavorativo cui la direttiva 2000/78/CE e la stessa convenzione ONU danno rilievo (disabili in senso bio-psicosociale)⁶. Costoro hanno,

⁵ C. giust. 4 luglio 2013, C-312/11.

⁶ Cfr. Cass. 12 novembre 2019, n. 29289; Cass. n. 13649 del 2019; Cass. 19 marzo 2018, n. 6798; Cass. 28 ottobre 2019, n. 27502; Trib. Palermo 3 giugno 2020, in *Dejure*

dunque, diritto a che (in particolare, in caso di licenziamento) siano approntati quei “ragionevoli accomodamenti” diretti a garantire agli stessi la piena uguaglianza con gli altri lavoratori, come la Corte di Cassazione ha recentemente statuito in importanti pronunce⁷.

Ai fini dell’analisi occorre, poi, fin d’ora precisare che, nella gran parte dei casi in cui il lavoratore viene licenziato per sopravvenuta inidoneità, egli verserà in una situazione di handicap bio-psicosociale, ma non sempre è così⁸.

Si pensi al caso in cui il lavoratore diviene, sì, totalmente inidoneo alla specifica mansione, ma non per questo inidoneo all’intera gamma di mansioni esigibili e la sua menomazione non si traduce in una difficoltà di inserimento lavorativo, nel senso fatto proprio dalla convenzione ONU, dalla direttiva 2000/78/CE e dal decreto legislativo n. 216/2003. In tal caso, si è osservato, «il difetto di giustificazione del

⁷ Cass. 21 maggio 2019, n. 13649; Cass. 26 ottobre 2018, n. 27243. Cass. 10 luglio 2019, n. 18556. Trib. Pavia, 29 aprile 2020, n. 1266/2020, in <http://www.studiodirittilavoro.it/new/wp-content/uploads/2020/04/Trib.-Pavia-ordinanza-del-29.4.2020-est.-dott.ssa-Ferrari-X-avv.ti-Guariso-Bergonzi-e-Neri-c.-Y.pdf>.

Trib. Milano, 24 dicembre 2019, n. 741/2019, in <https://www.lavoroediritto.it/wp-content/uploads/2020/02/Tribunale-Milano-Sez.-Lavoro-Sentenza-n.-2843-del-2019.pdf>.

Trib. Padova, 13 maggio 2020, n. 1241/2018, di prossima pubblicazione in *www.rivistalavoro.it*.

⁸ Cfr. Cass. 28 ottobre 2019, n. 27502, cit. secondo cui: «non ogni situazione di infermità fisica del lavoratore che lo renda inidoneo alle mansioni di assegnazione risulta ex se riconducibile alla richiamata nozione di disabilità occorrendo la allegazione e dimostrazione della limitazione risultante da menomazioni fisiche, mentali o psichiche durature e del fatto che tale limitazione, in interazione con barriere di diversa natura, si traduca in ostacolo alla piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori». Cfr. Cass. 16 luglio 2019, n. 19025. V. anche C. giust. 11 settembre 2019, C-397/18, par. 51.

licenziamento intimato per sopravvenuta inidoneità psicofisica non darà luogo ad una discriminazione per handicap»⁹.

3. Il dovere di introdurre “ragionevoli accomodamenti” per i disabili.

È discussa l’entità dei ragionevoli accomodamenti¹⁰ che il datore di lavoro è tenuto ad introdurre a favore del lavoratore “disabile”. In particolare, ferma la necessità, come meglio si dirà, in ogni ipotesi di licenziamento per sopravvenuta inidoneità alle mansioni (o per aggravamento dell’originaria disabilità) di verificare la possibilità di ricollocare il lavoratore in azienda in mansioni, equivalenti o inferiori, compatibili con la residua capacità del lavoratore, è aperto il dibattito circa l’entità degli adattamenti che il datore di lavoro è, oggi, tenuto ad apportare alla propria organizzazione, per evitare detto licenziamento. Parte delle pronunce, anche recenti, di Cassazione¹¹, si sono attestate su una posizione riduttiva, quasi appiattita sul precedente delle sezioni unite n. 7755 del 1998, il quale, come noto, in un contesto normativo diverso¹² – e pur avendo rappresentato, al tempo, una svolta particolarmente apprezzabile nella tutela del lavoratore divenuto

⁹ R. VOZA, *Soppravvenuta inidoneità psicofisica e licenziamento del lavoratore nel puzzle normativo delle ultime riforme*, in *ADL*, 2015, n. 4-5, I, pp. 771 ss., p. 771.

¹⁰ Sul punto v. D. GAROFALO, *La tutela del lavoratore disabile nel prisma degli accomodamenti ragionevoli*, in *ADL*, 2019, 1211 ss.

¹¹ Cass. 26 ottobre 2018, n. 27243. Cfr. anche Cass. 16 luglio 2019, n. 19025, relativa ad una lavoratrice “inidonea” alle mansioni, ma non “disabile”.

¹² Privo, al tempo, di importanti frammenti normativi quali, in particolare la l. n. 68/99 (artt. 1, co. 7, 4, co. 4, 10, co. 3), il t.u. sicurezza, d.lgs. n. 81/2008 (artt. 41, 42), nonché il d.lgs. n. 216/03.

inidoneo alle mansioni - aveva affermato la regola dell'“intangibilità dell'assetto organizzativo” unilateralmente deciso dal datore di lavoro. Si tratta, tuttavia, di posizione non più sostenibile, sia alla luce del d.lgs. n. 216/03 (per quanto riguarda i lavoratori disabili), sia alla luce dell'art. 42 d.lgs. n. 81/2008, riferito a tutti i lavoratori divenuti “inidonei” alle mansioni, come subito si dirà.

Per effetto della disciplina di matrice antidiscriminatoria (d.lgs. n. 216/03), il datore di lavoro ha, infatti, l'obbligo generale di fornire “soluzioni ragionevoli”¹³ per i disabili, anche quando queste incidono sulla organizzazione dell'impresa, con l'unico limite dato da un onere sproporzionato per l'impresa stessa. Ed, in effetti, recenti pronunce si sono spinte con maggiore decisione a scardinare il limite dell'“intangibile assetto organizzativo”, ammettendo, bensì, che il datore di lavoro possa rifiutare di introdurre modifiche che comportino oneri organizzativi eccessivi¹⁴, ma non, invece, rifiutare di introdurre modifiche che comportino meri aggravii organizzativi¹⁵.

Così, in particolare, il datore di lavoro dovrà verificare se non sia possibile conservare il posto di lavoro al lavoratore che diventa disabile, assegnandogli mansioni diverse da quelle concordate, se del caso anche

¹³ Cass. 19 marzo 2018, n. 6798.

¹⁴ Cass. 19 dicembre 2019, n. 34132.

¹⁵ Cass. 7 marzo 2019, n. 6678. Si veda, ad es., Cass. 19 marzo 2018, n. 6798, che ha considerato illegittimo il licenziamento di un lavoratore disabile in base alla considerazione che lo stesso, pur non potendo lavorare a contatto con le polveri del cementificio, avrebbe potuto lavorare a tempo pieno in officina, prendendo il posto di altri lavoratori con mansioni polivalenti, la cui attività non sarebbe, dunque, variata nei contenuti. Sul punto v. M.P. AIMO, *Inidoneità sopravvenuta alla mansione e licenziamento: l'obbligo di accomodamenti ragionevoli preso sul serio dalla Cassazione*, in RIDL, 2019, II, 161 ss. Cfr. anche Cass. 21 maggio 2019, n. 13649.

introducendo delle modifiche organizzative eccedenti quei normali “accorgimenti minimi” che possono, in ogni caso, essere richiesti al datore di lavoro di buona fede. Sempre che tali modifiche non richiedano un onere economico sproporzionato. Le soluzioni organizzative non sono, però, considerate sproporzionate allorché «l'onere è compensato in modo sufficiente da misure esistenti nel quadro della politica dello Stato membro a favore dei disabili»¹⁶.

Residua poi la questione se il limite dell’ “intangibile assetto organizzativo” resti fermo, o no, per i lavoratori che divengono semplicemente “inidonei” alle mansioni, ma non disabili.

Parte della dottrina¹⁷ aveva sottolineato come – con riferimento a tutti i lavoratori che divengono “inidonei” alle mansioni - lo stesso art. 42 d.lgs. n. 81/2008 (in particolare tramite l’inciso “ove possibile”) superi l’idea secondo cui l’obbligo di adibizione a mansioni inferiori sarebbe escluso, ove esso comportasse aggravii organizzativi e in particolare il trasferimento di singoli colleghi del lavoratore inidoneo.

In sostanza, il riferimento che l’art. 42 t.u. fa all’assegnazione a mansioni equivalenti o inferiori “ove possibile”, consente al giudice, secondo tale opinione, «di sindacare le scelte imprenditoriali che sono

¹⁶ Art. 5 della direttiva 78/2000 (v. anche 21° *considerando*). Cfr. Trib. Bari, 1° dicembre 2016, est. Vernia, in <http://www.cortolex.it/2017/04/04/tribunale-di-bari-sentenza-1-dicembre-2016-n-535897>. Significative sono, in tal senso, le misure di cui al d.lgs. n. 151/2015; all’art. 14 l. n. 68/99; all’art. 1, co. 166 l. 23 dicembre 2014, n. 190, sulle quali v. D. GAROFALO, *La tutela del lavoratore disabile*, cit.

¹⁷ L. NOGLER, *Art. 42, Principi comuni*, in L. MONTUSCHI (diretto da), *La nuova sicurezza sul lavoro*, Zanichelli, 2011, p. 475. 474.

alla base delle scelte organizzative concretamente adottate da quest'ultimo»¹⁸.

In merito, la stessa giurisprudenza ha recentemente chiarito che l'inciso "ove possibile", di cui all'art. 42 t.u. obbliga (sul piano sostanziale) il datore di lavoro a ricercare le soluzioni che, «all'interno del fondamentale piano organizzativo prescelto, risultino le più convenienti e idonee ad assicurare il rispetto dei diritti del lavoratore»¹⁹ e, (sul piano processuale) pone a carico del datore stesso l'onere di dimostrare di avere fatto tutto il possibile a garantire tale contemperamento.

Tali considerazioni portano ad affermare che, con riferimento tanto ai lavoratori "inidonei"²⁰ quanto ai lavoratori propriamente "disabili" (in senso bio-psicosociale) il datore di lavoro sia gravato da un più ampio onere di *repêchage*.

In particolare, per quanto riguarda i lavoratori "disabili", pare che, nel novero dei ragionevoli accomodamenti che il datore di lavoro deve introdurre per evitare il licenziamento, debbano essere anche annoverati quegli specifici oneri di formazione, in mansioni non "equivalenti" eventualmente necessari, i quali non implicino un onere finanziario sproporzionato. La questione, peraltro, si pone anche con riferimento ai lavoratori "inidonei" ma non "disabili" (in senso bio-

¹⁸ L. NOGLER, *Art. 42*, cit., 475.

¹⁹ Cass. 1° luglio 2016, n. 13511. Cass. 23 maggio 2017, n. 12903. Cfr. Trib. Milano, 13 marzo 2013, in Banca Dati Leggi d'Italia.

²⁰ Per i quali, cioè, soccorre il dato testuale dell'art. 42 t.u.

psicosociale), per i quali, pure, pare di poter argomentare la necessità di un'interpretazione adeguatrice²¹.

Ancora, merita di puntualizzare che anche una riduzione dell'orario di lavoro può costituire uno degli “adeguamenti ragionevoli”, di cui alla direttiva 2000/78/CE, a meno che non rappresenti un onere sproporzionato per il datore di lavoro. Non essendo l'elenco delle «misure appropriate destinate a sistemare il luogo di lavoro in funzione dell'handicap» di cui al ventesimo considerando, tassativo «la riduzione dell'orario di lavoro, anche qualora non ricada nel concetto di “ritmi di lavoro”, può essere considerata un provvedimento di adattamento ai sensi dell'articolo 5 di detta direttiva»²².

Per le stesse ragioni, deve ritenersi che – anche al netto della più recente legislazione dell'emergenza – la stessa concessione al lavoratore disabile della modalità di lavoro agile possa, in concreto, a seconda delle circostanze, rappresentare un “ragionevole accomodamento”, ove la misura non sia sproporzionata (o l'onere sia compensato da adeguati finanziamenti statali).

«Nessuna modificazione organizzativa è, in astratto, e come tale esclusa dal raggio applicativo di quel concetto, visto che al giudice si chiede di misurare la ragionevolezza dello sforzo di adattamento e cooperazione

²¹ Sia consentito il rinvio a B. DE MOZZI, *Condizioni personali del lavoratore e licenziamento*, Padova, 2018, 221.

²² C. giust. 11 aprile 2013, n C-335/11 e C-337/11.

richiesto al datore di lavoro sempre in concreto, ovvero in rapporto alle specifiche circostanze del caso»²³.

Ancora, ci si interroga se - *sub specie* di “ragionevole accomodamento” il datore di lavoro possa o no dirsi obbligato a dare comunicazione al lavoratore “disabile” dell’approssimarsi della scadenza del periodo di comporto, al fine di consentirgli di usufruire di eventuali periodi di aspettativa non retribuita, cui egli abbia diritto in forza della disciplina collettiva applicabile. Come in effetti fanno, apprezzabilmente, talune recenti pronunce di merito²⁴.

Per quanto riguarda i “ragionevoli accomodamenti” giova menzionare anche il caso *Ring*²⁵.

Nella causa *Ring* la Corte di giustizia ha chiarito, da un lato, che le assenze che il lavoratore (disabile) non avrebbe fatto se il datore di lavoro avesse introdotto gli “adattamenti ragionevoli” richiesti dall’articolo 5 della direttiva 2000/78/CE (che, nel caso, gli avrebbero consentito di continuare a lavorare) non devono essere prese in considerazione per il calcolo del periodo di comporto²⁶.

²³ S. GIUBBONI, *Soppravvenuta inidoneità alla mansione e licenziamento. Note per un’interpretazione “adeguata”*, in *RIDL*, 2012, n. 2, I, pp. 289 ss. Cfr. Trib. Pavia 29 aprile 2020, n. 1266, cit.: «il predetto obbligo di adottare accomodamenti ragionevoli incide sulla libertà di iniziativa privata del datore di lavoro (ex art. 41 Cost.), quale conseguenza di un compiuto bilanciamento di opposti interessi costituzionalmente garantiti, imponendo un ulteriore limite alla stessa».

²⁴ Trib. S. Maria Capua Vetere 11 agosto 2019, in *Dejure*, Trib. Modena, 11 ottobre 2019, in *www.leggiditalia.it*. Giunge alle stesse conclusioni, ma facendo leva sull’obbligo di buona fede e correttezza, Trib. Bologna 15 aprile 2014, n. 452, in *Dejure*.

²⁵ C. giust. 11 aprile 2013, C-335/11.

²⁶ In sostanza, i periodi di assenza imputabili al datore di lavoro sono “dedotti” dal periodo di comporto, conformemente ai principi di imputabilità dell’impossibilità.

D'altro canto, la Corte ha dichiarato che una legislazione, come quella danese in questione (articolo 5, paragrafo 2 della convenzione di LAFE), ai sensi della quale un datore di lavoro può risolvere il contratto con un periodo di preavviso ridotto, se il lavoratore è stato assente per malattia nel periodo immediatamente precedente il licenziamento, può costituire una discriminazione indiretta nei confronti dei lavoratori disabili, che sono più esposti al rischio di malattie legate alla loro disabilità. Spetta al giudice nazionale valutare se la disposizione nazionale che introduce tale “discriminazione indiretta” persegua un obiettivo legittimo e non vada al di là di quanto necessario per il raggiungimento di tale obiettivo. Ai fini della valutazione, si dovrebbe anche tener conto del fatto che lo Stato abbia, se del caso, introdotto disposizioni volte a prevenire o compensare gli svantaggi derivanti dalla disabilità (come, ad esempio, l'esclusione delle assenze dovute alla disabilità dal calcolo del “periodo di comportamento”)²⁷.

Alla luce di tale sentenza, una voce giurisprudenziale ha ritenuto necessario prevedere una durata differenziata del “periodo di comportamento” (al termine del quale il datore di lavoro può licenziare il lavoratore), rispettivamente per i lavoratori disabili e non disabili,

²⁷ C. giust. 18 gennaio 2018, C-270/16, *Conjero*, relativa ad un caso spagnolo di comportamento “per sommatoria”. Secondo la Corte, «l'articolo 2, paragrafo 2, lettera b), i), della direttiva 2000/78/CE deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale in base alla quale un datore di lavoro può licenziare un lavoratore in ragione di assenze intermittenti dal lavoro, sebbene giustificate, nella situazione in cui tali assenze sono dovute a malattie imputabili alla disabilità di cui soffre il lavoratore, tranne se tale normativa, nel perseguire l'obiettivo legittimo di lottare contro l'assenteismo, non va al di là di quanto necessario per raggiungere tale obiettivo, circostanza che spetta al giudice del rinvio valutare». In merito si veda il commento di L. GUAGLIANONE, *Licenziamento per assenteismo e indiretta discriminatorietà per motivi di disabilità - A proposito della sentenza «Conjero»* (C-270/16), in RGL, 2018, II, 271.

sostenendo che il diritto nazionale deve essere interpretato in conformità alla direttiva comunitaria (“interpretazione conforme”) (e alla Costituzione italiana). Si tratta di un modo per porre rimedio alla discriminazione indiretta che, altrimenti, colpisce i lavoratori disabili. In particolare, Tribunale di Milano²⁸ ha stabilito che, per escludere l’illegittimità del licenziamento (una volta scaduto il “periodo di comportamento”), il datore di lavoro avrebbe dovuto provare almeno uno dei seguenti elementi: che la discriminazione indiretta (risultante dalla legislazione italiana, che stabilisce una durata uguale del “periodo di comportamento” per le persone disabili e non disabili) era sostenuta da obiettivi legittimi e che i mezzi erano proporzionati e necessari; oppure (il datore di lavoro avrebbe dovuto dimostrare) che le assenze non erano dovute a malattie legate alla disabilità del lavoratore; oppure che l’ordinamento giuridico italiano aveva adottato altre misure appropriate (articolo 5 della direttiva 2000/78/CE) per porre rimedio agli svantaggi causati al lavoratore disabile (in senso bio-psicosociale) dalla disposizione nazionale in questione.

Ciò, in conformità a quanto si evince dal disposto dell’art. 2, co. 2 lett. b), punti i) e ii) della direttiva 78/2000/CE: sussiste discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio, una prassi

²⁸ Trib. Milano 28 ottobre 2016, 2875 in *RIDL*, 2017, 3, II, 475, con nota di F. MALZANI, *Soluzioni ragionevoli ed effettività della tutela antidiscriminatoria del lavoratore disabile*; Trib. Mantova 16 luglio 2018, n. 1060, in <http://www.studiodirittielavoro.it>. Cfr. Trib. Milano 6 aprile 2018, n. 9281; Trib. Milano 24 settembre 2018. *Contra*, Trib. Parma 17 agosto 2018, inedite, v. *Bollettino ADAPT* 11 novembre 2019, n. 40. Secondo Cass. 25 luglio 2019, n. 20204, la previsione di un’identica durata del periodo di comportamento non integra discriminazione “diretta”. Spetta al giudice del rinvio stabilire se si tratti, piuttosto, di discriminazione indiretta.

apparentemente neutri possano mettere in un posizione di particolare svantaggio il disabile, a meno che le stesse siano oggettivamente giustificate da una finalità legittima e i mezzi impiegati siano appropriati e necessari, o che il datore di lavoro sia obbligato dalla legislazione nazionale ad adottare “ragionevoli accomodamenti”. Le soluzioni destinate ai soli disabili “certificati” sono insufficienti, in quanto non riguardano tutti i lavoratori disabili in senso c.d. bio-psicosociale ²⁹.

4. Il licenziamento del lavoratore inidoneo, disabile: la disciplina sanzionatoria

Oggi, la legge n. 92/2012 (in “area 18”) e il decreto legislativo n. 23/2015 rimodellano il regime sanzionatorio del licenziamento del lavoratore inidoneo o disabile, ma l’individuazione della sanzione applicabile deve tenere conto dell’“interferenza” con la disciplina antidiscriminatoria, di matrice comunitaria.

Nell’analisi della disciplina sanzionatoria occorrerà tenere presente che, di regola, i lavoratori disabili aventi i requisiti di cui alla legge n. 68/1999 sono anche portatori di handicap in senso bio-psicosociale. Ma che vi sono talora soggetti portatori di handicap in senso bio-psicosociale che non sono “disabili” *ex* legge n. 68/1999.

Occorre, ancora, come si è argomentato, distinguere tra mera inidoneità alle mansioni e disabilità (in senso bio-psicosociale). Inoltre, anche

²⁹ Cfr. d.lgs. n. 119/2011, secondo il quale i disabili con una riduzione della capacità lavorativa superiore al 50% hanno diritto a 30 giorni di ferie annuali, non comprese nel “periodo di comportamento”, per motivi di cura.

quando il lavoratore divenuto inidoneo debba essere considerato “portatore di handicap” non è “immediata” l’equazione tra “licenziamento di soggetto portatore di handicap” e “licenziamento discriminatorio”³⁰. Al di là del fatto che il lavoratore potrebbe essersi limitato a dedurre in giudizio la sopravvenuta inidoneità, ma non già la sua condizione di disabile “bio-psicosociale”, occorre rilevare, *in limine*, che la sopravvenuta inidoneità alle mansioni del soggetto “disabile” potrebbe, cionondimeno, non essere legata alla sua disabilità³¹. In tali casi, il requisito della sopravvenuta inidoneità alla mansione non può dirsi “apparentemente neutro ma tale da svantaggiare in modo proporzionalmente maggiore il lavoratore disabile”.

Con riferimento alla disciplina sanzionatoria, consideriamo i lavoratori assunti prima del 7 marzo 2015, non soggetti al c.d. “contratto a tutele crescenti”. Due recenti sentenze di merito sondano “fino in fondo” le potenzialità del diritto antidiscriminatorio. Si trattava in entrambi i casi di licenziamento di lavoratrice pretesamente inidonea allo svolgimento delle mansioni contrattuali, intimato, in un caso, in ragione della mancanza di mansioni compatibili cui la stessa potesse essere adibita;

³⁰ Per una diversa impostazione v. invece il contributo di M. PERUZZI, in questo numero di *Lavoro Diritti Europa, LDE*, nonché, precedentemente, ID., *La prova del licenziamento ingiustificato e discriminatorio*, Torino, 2017.

³¹ Si pensi al caso di un lavoratore, assunto prima del 7 marzo 2015, per altri versi disabile in senso bio-psicosociale (ad esempio con limitazioni motorie), occupato in un’azienda in cui, l’unico requisito rilevante per lo svolgimento delle mansioni (di tutte le mansioni disponibili) sia una capacità visiva di dieci decimi. Il lavoratore disabile, con una ridotta capacità visiva (nove decimi) sarà licenziato per sopravvenuta inidoneità. Ove in giudizio si accerti, poi, che per lo svolgimento delle mansioni era sufficiente una vista di nove decimi, lo stesso otterrà la tutela reintegratoria attenuata, ma il licenziamento non potrà dirsi perciò solo “discriminatorio”, ancorché egli sia, per altri versi, “disabile”.

e, nel secondo caso, per il suo preteso rifiuto di svolgimento delle mansioni contrattuali (in realtà il rifiuto non c'era stato, la lavoratrice si era solo riservata di agire in giudizio)³².

Il Tribunale addiviene in entrambi i casi a qualificare come “disabile” la lavoratrice, in quanto affetta da malattia di lunga durata, tale da ostacolarne in modo duraturo l’inserimento lavorativo in condizioni di uguaglianza con gli altri lavoratori; ed in entrambi i casi arriva a qualificare “discriminatorio” il licenziamento. Nel primo caso, traendo da specifici elementi di fatto la convinzione che esso fosse proprio “fondato” sull’handicap (malattia di lunga durata)³³. Nel secondo caso (Tribunale di Pisa), invece, il licenziamento veniva considerato illegittimo, in quanto fondato sul rifiuto da parte del datore di lavoro di introdurre “accomodamenti ragionevoli” a favore della disabile. Ed ugualmente dicasi in pronunce più recenti, nelle quali il giudicante, accertato il rifiuto da parte del datore di lavoro di “ragionevoli accomodamenti” a favore del “disabile” ha applicato la tutela reintegratoria piena, di cui ai primi tre commi dell’art. 18 Stat. lav., come modificato dalla l. n. 92/2012³⁴.

³² Trib. Milano 11 febbraio 2013; Trib. Pisa 16 aprile 2015, in *Dejure*.

³³ Il recesso era avvenuto, infatti, a distanza di breve tempo dalla comunicazione della lavoratrice di essere affetta da malattia di lunga durata (pur non tale da comportare l’inidoneità alle mansioni) ed il datore aveva espressamente richiamato, nella lettera di licenziamento, i suoi “problemi di salute”.

³⁴ Trib. Pavia, 29 aprile 2020, n. 1266, cit.; Trib. Asti 23 luglio 2018, Trib. Roma 8 maggio 2018, in *RGL*, 2019, II, 283 con nota di R. BONO, *I limiti al licenziamento del lavoratore disabile a garanzia della parità di trattamento*. Trib. Ivrea, 6 luglio 2018, *ibidem*, fa invece applicazione della tutela reale attenuata (in conformità alle deduzioni e alla domanda del ricorrente).

È nota la nozione di discriminazione diretta, o indiretta, di cui al decreto legislativo n. 216/2003, di derivazione comunitaria³⁵. Come si è detto, con riferimento all'handicap, in particolare, ai sensi dell'articolo 2 della convenzione ONU, la discriminazione sulla base della disabilità «include ogni forma di discriminazione, compreso il rifiuto di un accomodamento ragionevole».

Ora, in linea generale (a prescindere per un attimo dalle pronunce in commento), occorre chiedersi a quali fattispecie si riferisca l'articolo 18, comma 7, allorché menziona «il difetto di giustificazione del licenziamento» intimato ai sensi dell'«articolo 10, comma 3, della legge 12 marzo 1999, n. 68³⁶, per motivo oggettivo consistente nell'inidoneità fisica o psichica del lavoratore».

Possiamo distinguere tre situazioni: il caso in cui la Commissione abbia indicato ragionevoli adattamenti, ma il datore non li abbia adottati, intimando, invece, il licenziamento. Il caso in cui il datore abbia introdotto i ragionevoli adattamenti, eventualmente richiesti dalla Commissione ma abbia in ogni caso valutato insussistente il proprio interesse alla prosecuzione del rapporto con il disabile (o più semplicemente, il caso in cui il *thema decidendum* non si sia allargato a considerare se vi sia stato o no rifiuto di ragionevoli accomodamenti);

³⁵ Essa è bene messa a fuoco dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, che ha chiarito, in particolare, che si può intendere come discriminatorio il “rifiuto” di una data misura, ai danni del lavoratore, o, nei casi in cui «la ragione sostanziale di tale rifiuto» risieda proprio nel fattore in questione (quindi, nel nostro caso, il rifiuto di introdurre una certa misura è discriminatorio se basato sull'handicap); o ove comunque quel rifiuto sia tale da sfavorire in modo particolare (“particolare svantaggio”) il soggetto portatore del fattore in questione (handicap). C. giust. 18 marzo 2014, C-363/12 e C-356/12.

³⁶ Si tratta dei disabili “certificati”, assunti tramite il collocamento “mirato”, che si aggravano.

il caso in cui il datore abbia omissso di attivare la procedura di cui all'articolo 10, comma 3, legge n. 68/1999.

Ora, nel caso in cui il datore abbia rifiutato di introdurre i ragionevoli adattamenti indicati come possibili dalla Commissione, il licenziamento assume carattere discriminatorio, se non altro perché tale da porre certamente il disabile in una situazione di particolare svantaggio. Si applica, dunque, la tutela antidiscriminatoria (tutela reale piena)³⁷.

L'articolo 18, comma 7, (tutela reintegratoria solo attenuata) troverà invece applicazione quando il datore non abbia rifiutato i ragionevoli adattamenti, ma (pur avendoli introdotti) abbia comunque valutato il disabile inidoneo, o solo parzialmente idoneo alle mansioni, intimando il licenziamento (e il giudice sovverta tale giudizio). O, più semplicemente, (si applica l'articolo 18, comma 7) ove la questione del rifiuto di "ragionevoli accomodamenti" sia rimasta estranea al *thema decidendum*, per non essere stata dedotta, e si controverta solo della residua idoneità o no del lavoratore.

Sorte ancora diversa sembra, invece, dovere avere il licenziamento nel caso in cui il datore abbia omissso la procedura. Perché, qui, non si tratta, a rigore di «difetto di giustificazione del licenziamento» intimato ai sensi dell'articolo 10, comma 3, ma di violazione di norma imperativa

³⁷ Questo, però, soltanto ove in giudizio si accerti che effettivamente il disabile sarebbe potuto essere assegnato a quelle mansioni indicate dalla Commissione. L'articolo 10, comma 3, legge n. 68/1999, procedimentalizza, sì, il licenziamento del disabile le cui condizioni di salute peggiorino, ma ferma la sindacabilità in giudizio delle determinazioni della Commissione medica (anche se, in ipotesi, favorevoli al lavoratore).

con la conseguenza che dovrebbero applicarsi i primi tre commi dell'articolo 18 Stat. lav.

Quanto agli altri lavoratori, divenuti inidonei alle mansioni e pretesamente non utilmente reimpiegabili, la disciplina sanzionatoria di cui all'articolo 18, comma 7, Stat. lav. (nel suo campo di incidenza) troverà applicazione sia che si tratti di "invalidi interni" (articolo 4, comma 4, legge n. 68/1999); sia che si tratti di lavoratori "disabili" in senso biopsicosociale (licenziati, previa valutazione di inidoneità *ex* articolo 42 TU o articolo 5 Stat. lav.); sia che si tratti di lavoratori "non disabili" in senso bio-psicosociale, ad esempio, come si diceva, inidonei alla "sola" mansione specifica e inutilizzabili in altre mansioni, in quanto già "coperte" (ma non portatori, in sé, di reali difficoltà di reinserimento lavorativo), anch'essi soggetti alla disciplina di cui agli articoli 41 e 42 TU e 5 Stat. lav.

Vale anche qui quanto appena precisato: se il lavoratore è disabile, *ex* legge n. 68/1999, anche "interno", o disabile in senso bio-psicosociale occorre, da un lato, che il datore, prima di licenziarlo, tenti "a monte" i ragionevoli adattamenti; e, a valle, il "rifiuto" di introdurli, sarebbe discriminatorio (articolo 2, convenzione ONU: carattere discriminatorio del "rifiuto" di ragionevole adattamento).

Ove il datore non abbia affatto rifiutato di introdurre i ragionevoli accomodamenti, ma, pur avendoli introdotti, abbia ritenuto (errando)

inidoneo il lavoratore, trova applicazione l'articolo 18, comma 7, e cioè la tutela reintegratoria solo attenuata³⁸.

Come si è detto, infatti, ai sensi dell'art. 2, co. 2 lett. b), punto ii) della direttiva 78/2000/CE non sussiste discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio, una prassi apparentemente neutri possano, bensì, mettere in un posizione di particolare svantaggio il disabile, ma siano approntati i “ragionevoli accomodamenti” atti a compensare tale svantaggio³⁹.

Se pare, in definitiva, arbitrario porre l'equazione “licenziamento del lavoratore disabile uguale licenziamento discriminatorio”, non pare affatto errato porre l'equazione “rifiuto di accomodamento ragionevole, nei confronti del disabile uguale licenziamento discriminatorio”. Questo perché, come detto, tale rifiuto svantaggia senz'altro in modo “particolare” il disabile.

Quanto al decreto legislativo n. 23/2015, l'art. 2, co. 4 espressamente prevede l'applicazione della più forte tutela reintegratoria (piena) «anche nelle ipotesi in cui il giudice accerti il difetto di giustificazione per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore,

³⁸ Si faccia l'ipotesi di un lavoratore, addetto a mansioni (le uniche disponibili in azienda) per le quali è richiesta una capacità visiva di dieci decimi, che divenga ipovedente (disabile biopsicosociale); ipotizziamo che, tramite ragionevoli accomodamenti approntati dal datore di lavoro, detto lavoratore riacquisti una capacità visiva pari a nove decimi, venendo, cionondimeno, licenziato per la pretesa inidoneità (9/10); e che si accerti in giudizio che per lo svolgimento delle mansioni era sufficiente una vista di nove decimi. Non pare che detto licenziamento sia stato intimato in ragione della “disabilità” del lavoratore (fattore di discriminazione vietato), quanto piuttosto proprio in ragione della sua (supposta) inidoneità. Per tale ragione, esso dovrebbe essere ritenuto “ingiustificato”, ma non “discriminatorio”.

³⁹ C. giust. 11 settembre 2019, C-397/18, *D.W.*

anche ai sensi degli articoli 4, co. 4 e 10, co. 3 della legge 12 marzo 1999, n. 68»⁴⁰.

Ora, con riferimento ai disabili che si aggravano, l'omissione della procedura di cui all'articolo 10, comma 3, non pare integri il «difetto di giustificazione per motivo consistente nella disabilità». Si tratta, piuttosto, di violazione di norma imperativa. Con conseguente applicazione, secondo l'opinione che pare preferibile della tutela reale c.d. di diritto comune.

Al contrario, a fronte dell'intervento della commissione medica, il licenziamento del disabile (intimato nonostante la residua idoneità) è considerato, *per tabulas*, discriminatorio.

Quanto agli altri lavoratori (diversi da quelli assunti tramite il collocamento mirato, di cui all'art. 10, co. 3), pare che l'art. 2, co. 4 si riferisca tanto ai “disabili” *ex* legge n. 68/1999, quanto ai “disabili” nel senso bio-psicosociale del termine, ma non ai lavoratori meramente “inidonei” alle mansioni. Secondo l'interpretazione accolta si ha, dunque, una “sottoscomposizione” delle tutele, nel caso di licenziamento di lavoratore per sopravvenuta inidoneità.

Ove si tratti di soggetto disabile *ex* legge n. 68/1999 o in senso bio-psicosociale, la oggettiva mancanza di giustificazione del licenziamento determina l'applicazione della tutela reintegratoria piena.

⁴⁰ Il testo definitivo del decreto raccoglie le indicazioni provenienti dal parere della Commissione Lavoro del Senato sullo schema di decreto (quanto alla sanzione), ma con una significativa variazione lessicale rispetto allo schema di decreto, e cioè l'utilizzo del termine “disabilità” in luogo di quello “inidoneità”.

Non sarebbero, invece, “coperti” dall’articolo 2, ma rifluirebbero nella più generale tutela indennitaria di cui all’articolo 3, comma 1, quei (residui, pochi) casi in cui il lavoratore divenga, sì, inidoneo alle mansioni contrattuali e non sia possibile collocarlo utilmente in altre mansioni, ma egli non sia, in realtà, un lavoratore con difficoltà di inserimento lavorativo. Si pensi all’esempio, da altri fatto, dell’acrobata di circo (lavoratore subordinato) che diventa, sì, inidoneo alle mansioni di funambolo e incollocabile in altre mansioni, ma non per questo necessariamente “disabile” in senso bio-psicosociale⁴¹, ove la sua condizione non si traduca in una significativa e duratura limitazione alla possibilità di partecipare alla vita professionale, nell’interazione con barriere di ogni tipo. O al soggetto cui la lussazione di un gomito impedisca in modo duraturo lo svolgimento delle mansioni contrattuali (egli non è, perciò solo, disabile)⁴².

E tuttavia anche questa lettura, se può superare gli attriti con la legge di delegazione, non supera l’impressione di irragionevolezza (pur autorevolmente negata) di un doppio circuito di tutele, differenziato unicamente in ragione del momento dell’assunzione del lavoratore (spartiacque del 7 marzo 2015).

⁴¹ R. VOZA, *op. cit.*

⁴² Cfr. C. giust. 1° dicembre 2016, C-395/15. *Obiter*, cfr. Cass. 28 ottobre 2019, n. 27502, secondo cui « non ogni situazione di infermità fisica del lavoratore che lo renda inidoneo alle mansioni di assegnazione risulta ex se riconducibile alla richiamata nozione di disabilità occorrendo la allegazione e dimostrazione della limitazione risultante da menomazioni fisiche, mentali o psichiche durature e del fatto che tale limitazione, in interazione con barriere di diversa natura, si traduca in ostacolo alla piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori».

Quanto ai datori di lavoro di più piccole dimensioni, le distinzioni sopra proposte dovrebbero portare al seguente quadro sanzionatorio: con riferimento ai lavoratori assunti prima del 7 marzo 2015: per i disabili che si aggravano, in caso di omessa procedura di cui all'articolo 10, comma 3, tutela reale piena; in caso di rifiuto di accomodamento ragionevole, tutela reale piena (licenziamento discriminatorio); licenziamento semplicemente “ingiustificato” (cioè *thema decidendum* non allargato alla questione del rifiuto di accomodamento ragionevole): applicazione dell'articolo 8, legge n. 604/1966.

Con riferimento ai lavoratori assunti a far data dal 7 marzo 2015: per i disabili che si aggravano, in caso di omessa procedura di cui all'articolo 10, comma 3, tutela reale di diritto comune; per i lavoratori disabili *ex* legge n. 68/1999 o disabili in senso bio-psicosociale, tutela reale piena, sia in caso di rifiuto di accomodamento ragionevole (licenziamento discriminatorio), sia in caso di licenziamento semplicemente “ingiustificato” presunto *per tabulas* discriminatorio (cioè *thema decidendum* non allargato alla questione del rifiuto di accomodamento ragionevole). Per i lavoratori non disabili in senso bio-psicosociale: licenziamento per supposta inidoneità, insussistente (non disabile non inidoneo, o inidoneo ma ricollocabile): articolo 9, decreto legislativo n. 23/2015, tutela indennitaria.

Resta, come si è notato (pur se ridotta), l'anomalia «che non sembra risolvibile sul piano interpretativo, ma solo su quello, peraltro assai scivoloso, della (ir)razionalità di un trattamento uniforme per

situazioni diverse»⁴³ dei datori di lavoro di piccole dimensioni che vedono ampliarsi i casi di applicazione della tutela reale piena anche se, in effetti, solo al licenziamento “presunto discriminatorio” del disabile (*ex* legge n. 68/1999 o in senso bio-psicosociale).

⁴³ C. CESTER, *op. cit.*, p. 43.