

## “ADEGUARE IL LAVORO ALL'UOMO”: L'ADATTAMENTO DELL'AMBIENTE DI LAVORO ALLE ESIGENZE DELLA PERSONA DISABILE ATTRAVERSO L'ADOZIONE DI RAGIONEVOLI ACCOMODAMENTI

Angelo Delogu

**Abstract [It]:** Il contributo analizza il tema delle azioni positive volte a garantire il mantenimento della posizione lavorativa del lavoratore disabile nell'organizzazione dell'impresa, con particolare riferimento all'obbligo del datore di lavoro di adottare dei ragionevoli accomodamenti. La progressiva estensione, normativa e giurisprudenziale, della nozione di disabilità e delle tutele riconosciute al lavoratore disabile nell'ordinamento multilivello, invero, impongono una riflessione attenta sui confini di tale obbligo. La nozione aperta di accomodamento ragionevole, in grado di ricomprendere misure tecniche o organizzative di varia natura, sino ad una diversa estensione del periodo di compimento, il carattere indefinito dei criteri di proporzionalità e ragionevolezza che ne limitano l'adozione, unitamente al rilievo oggettivo che assume la discriminazione in caso di violazione dell'obbligo, aprono alcuni spazi di incertezza teorica e applicativa, su cui è auspicabile anche un intervento chiarificatore del legislatore.

**Abstract [En]:** This essay analyses the issue of positive actions aimed at guaranteeing the maintenance of the disabled worker's employment position in the organisation of the company, with regard to the employer's obligation to adopt reasonable accommodation. The progressive extension, in law and jurisprudence, of the notion of disability and of the protections granted to the disabled worker in the multilevel system, indeed, requires deep attention on the boundaries of this obligation. The open notion of reasonable accommodation, capable of including technical or organisational measures of various kinds, up to a different extension of the period of completion, the indefinite nature of the criteria of proportionality and reasonableness that limit its adoption, together with the objective importance that discrimination assumes in the event of breach of the obligation, leave certain areas of theoretical and applicative uncertainty, on which a clarifying intervention by the legislator is also desirable.

**SOMMARIO:** 1. Disabilità e organizzazione del lavoro: cenni introduttivi. - 2. La tutela del lavoratore disabile nel diritto antidiscriminatorio: la cornice sovranazionale. - 3. L'evoluzione della nozione di disabilità e i problemi di recepimento nel diritto interno. - 3.1. Segue. Quale tutela per i *caregivers*? - 3.2. Segue. Il rapporto tra disabilità e inidoneità alla mansione. - 4. Il contenuto positivo del diritto: l'adozione di accomodamenti ragionevoli. - 4.1. Segue. I limiti: proporzionalità e ragionevolezza. - 5. Il contenuto negativo del diritto: la conservazione del posto di lavoro. - 5.1. Segue. Il regime sanzionatorio nel caso di licenziamento adottato in assenza di adozione di ragionevoli accomodamenti. - 6. La configurabilità del periodo di compimento differenziato quale accomodamento ragionevole: gli arresti della giurisprudenza. - 7. Sugli eventuali oneri di preventivo

accertamento o conoscenza della condizione di disabilità. – 8. Gli accomodamenti ragionevoli nell’ottica di tutela dell’integrità psicofisica. - 9. Conclusioni.

### 1. Disabilità e organizzazione del lavoro: cenni introduttivi.

L’inclusione del lavoratore disabile nell’organizzazione lavorativa è stata oggetto di una crescente attenzione da parte non solo della giurisprudenza ma anche del legislatore<sup>1</sup>. Ciò ha contribuito nel tempo ad accentuare il carattere trasversale e multidisciplinare di un tema tradizionalmente appannaggio del diritto antidiscriminatorio. In particolare, la configurabilità di un diritto delle persone disabili al pieno inserimento lavorativo, quale principio fondante dell’ordinamento, ha permesso di delineare uno spazio di tutela sostanziale che tiene conto delle peculiarità della condizione del soggetto fragile e che rifugge da una dimensione di uguaglianza puramente formale o astratta<sup>2</sup>.

Attraverso un sistema di garanzie che riconosce (o meglio, valorizza) le differenze e predispone i mezzi per colmarle, il lavoratore disabile è così dotato di strumenti che gli consentono di partecipare in condizione di eguaglianza alla vita economica e sociale del paese<sup>3</sup> e, dunque, di sviluppare la propria personalità anche attraverso il lavoro.

Come è stato efficacemente affermato in dottrina, «alla stessa idea di eguaglianza si ispira l’obbligo di adattare l’ambiente di lavoro alle diverse abilità e alle diverse condizioni di vita dei lavoratori disabili»<sup>4</sup>. Dunque, è l’ambiente di lavoro – o il lavoro stesso, come afferma la direttiva quadro 89/391/CEE<sup>5</sup> – che deve adattarsi alle esigenze dell’individuo, e mai viceversa<sup>6</sup>, esigenze che vanno intese anche come bisogno di riequilibrio rispetto ad una iniziale situazione di disparità<sup>7</sup>.

Il diritto sovranazionale che regola questa materia e la relativa normativa di attuazione interna impongono al datore di lavoro, tra l’altro, l’adozione di “accomodamenti ragionevoli”, al fine di garantire in termini effettivi e sostanziali il principio della parità di trattamento sul luogo di lavoro.

Tuttavia, la sfera di tutela del lavoratore disabile, in questa prospettiva, interagisce strettamente con l’organizzazione del lavoro, condizionandola nel profondo. Emerge, quindi, un potenziale contrasto tra la libertà del datore di lavoro di organizzare nella maniera

1 Il tema ha assunto una rilevanza cruciale anche nel quadro sovranazionale. Basti pensare al fatto che la Missione n. 5 del PNRR è incentrata su “*Inclusione e coesione*”.

2 In questi termini, con riferimento specifico alla Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea, cfr. S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2012, p. 80, secondo cui «l’astrattezza del riferimento all’individuo come titolari di diritti si scioglie nella concretezza dell’affermazione dei diritti del bambino, degli anziani, dei disabili»

3 Sulla connessione tra principio di eguaglianza e non discriminazione cfr. M. BARBERA-S. BORELLI, *Principio di eguaglianza e divieti di discriminazione*, in *WP C.S.D.L.E. Massimo D’Antona*, 2022, n. 451, p. 3 ss.

4 Vd. M. BARBERA, voce *Discriminazioni e pari opportunità (diritto del lavoro)*, in *Enc. dir.*, Annali VII, 2014, p. 385.

5 Vd. art. 6, comma 2, lett. d), che tra i principi di prevenzione, annovera il seguente: «*adeguare il lavoro all'uomo, in particolare per quanto concerne la concezione dei posti di lavoro e la scelta delle attrezzature di lavoro e dei metodi di lavoro e di produzione [...]*».

6 Già L. MONTUSCHI, *L'incerto cammino della sicurezza del lavoro fra esigenze di tutela, onerosità e disordine normativo*, in *Riv. giur. lav.*, 2001, n. 4, p. 503, notava come sia «l’organizzazione dei mezzi produttivi a dover essere calibrata e costruita a misura dell’uomo, e non viceversa», cogliendosi qui con mano una sua «subalternità» rispetto all’insieme «dei diritti di cittadinanza del lavoratore».

7 È appena il caso di ricordare la celebre frase di Don Lorenzo Milani secondo cui «non c’è nulla di più ingiusto quanto far le parti uguali tra disuguali», qui nell’edizione SCUOLA DI BARBIANA, *Lettera a una professoressa*, Mondadori, Milano, 2017, p. 101 (prima edizione Libreria Editrice Fiorentina, Firenze, 1967).

ritenuta più idonea i mezzi di produzione<sup>8</sup> e il diritto del lavoratore disabile a svolgere la prestazione lavorativa in condizioni di parità con gli altri lavoratori “normodotati”<sup>9</sup>.

Va però considerato che quella libertà non è una libertà assoluta, ma viene delineata dallo stesso art. 41 Cost. in termini di libertà condizionata, tanto da non potersi svolgere in contrasto con l'utilità sociale e da non poter recare danno a beni essenziali quali la salute, la sicurezza, la libertà e la dignità umana<sup>10</sup>. Tali beni, del resto, convivono tutti intrecciati proprio nelle ragioni sottese alla tutela assicurata, anche attraverso azioni (pro)positive, alla persona disabile.

La norma costituzionale, come è stato da tempo sostenuto, condiziona la stessa «legittimità dell'attività svolta attraverso l'impresa e nell'impresa» al «rispetto assoluto» della personalità del lavoratore in tutti i suoi molteplici aspetti; in particolare, l'espressione dignità racchiude in sé «la posizione complessiva dell'individuo nella comunità sociale» e sintetizza quella serie di «diritti fondamentali» riconosciuti alla persona nel dettato costituzionale<sup>11</sup>. Appare, pertanto, interessante verificare se, in che modo ed entro quali limiti le nozioni giuridiche di disabilità e, conseguentemente, di accomodamento ragionevole condizionino la libertà imprenditoriale, prendendo le mosse dall'analisi della disciplina normativa, che regola la materia, dagli approdi della giurisprudenza più recente, nonché dalle riflessioni sviluppate sempre più copiosamente dalla dottrina.

## 2. La tutela del lavoratore disabile nel diritto antidiscriminatorio: la cornice sovranazionale.

<sup>8</sup> Che ha un suo risvolto nell'interesse del datore di lavoro a trarre un'utilità dalla prestazione del lavoratore: cfr. M. PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, Padova, 1966, p. 265. Tuttavia, in dottrina c'è chi ha osservato che «attraverso forme opportune di assistenza agli imprenditori per l'adattamento dell'ambiente e degli strumenti di lavoro» si potrebbe perseguire l'obiettivo dell'eliminazione del «deficit di produttività dell'invalide nel posto di lavoro»; vd. P. ICHINO, *Diritto al lavoro e collocamento nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 1988, n. 37, p. 32, ripreso anche da A. BELLAVISTA, voce *Assunzione obbligatoria*, in *Enc. dir.*, Agg. I, 1997, pp. 160-161.

<sup>9</sup> Il bilanciamento con le ragioni imprenditoriali, del resto, non è limitato a tale dicotomia, potendo ben estendersi ad altri interessi che derivano dalla condizione di disabilità del lavoratore – si pensi al diritto alla salute – con esiti differenti della composizione del conflitto, secondo la tassonomia dei diritti delineata dalla Costituzione.

<sup>10</sup> Cfr. Corte Cost. 4 marzo 1992, n. 81, in *Giur. cost.*, 1992, I, p. 832, secondo cui il secondo comma dell'art. 41, Cost., è «un parametro di valutazione [...] dei comportamenti degli imprenditori verso i prestatori di lavoro subordinato». Come è noto, la dottrina ha tradizionalmente sostenuto che tali limiti alla libertà economica (e in particolare quello relativo alla utilità sociale) sono da ritenersi limiti esterni e non funzionali, cfr. G. SANTORO-PASSARELLI, *Crisi economica globale e valori fondanti il diritto del lavoro*, in *Dir. lav. merc.*, 2012, n. 3, p. 425 ss., ora in ID., *Realtà e forma nel diritto del lavoro*, tomo III, Giappichelli, Torino, 2018, spec. p. 60 ss.; nonché ID., *Le "ragioni" dell'impresa e la tutela dei diritti del lavoro nell'orizzonte della normativa europea*, in *Europa e diritto privato*, 2005, n. 1, p. 63 ss.; e già F. MANCINI, *Il diritto al lavoro rivisitato*, in *Costituzione e movimento operaio*, Il Mulino, Bologna, 1976, p. 43 ss.

Si è tuttavia nel tempo osservato che la libertà di iniziativa economica si mostra sempre meno impermeabile al controllo giudiziario, con un superamento del principio della sua intangibilità, cfr. A. PERULLI, *Il potere direttivo dell'imprenditore*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 253; L. NOGLER, *Commento sub art. 42*, in C. ZOLI (a cura di), *I principi comuni*, in L. MONTUSCHI (diretto da), *La nuova sicurezza sul lavoro: d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 e successive modifiche*, vol. I, Zanichelli, Bologna, 2011, p. 474. Nonché C. LAZZARI, *Datore di lavoro e obbligo di sicurezza*, in *Working Papers di Olympus*, 2012, n. 7, p. 35. Sino a giungere ad affermare più di recente che i limiti relativi alla salute, alla sicurezza, e alla dignità dei lavoratori che la Costituzione appone alla libertà di organizzare un'attività economica possano ritenersi «limiti interni allo stesso agire organizzativo» dell'imprenditore, così P. PASCUCCI, *Le nuove coordinate del sistema prevenzionistico*, in *Dir. sic. lav.*, 2023, n. 2, p. 48 ss., in part. pp. 49-50.

<sup>11</sup> U. NATOLI, *Sicurezza, libertà e dignità del lavoratore nell'impresa*, in *Dir. lav.*, 1956, n. 1, p. 5-8.

La tutela del lavoratore disabile è inserita all'interno della complessa architettura del diritto antidiscriminatorio che si compone di fonti internazionali, euro-unitarie e nazionali, andando a costituire un esempio «paradigmatico»<sup>12</sup> dell'interazione dei diversi ordinamenti nello spazio giuridico ormai "multilivello". Più specificamente, il sistema normativo relativo – per quanto qui interessa – all'inclusione lavorativa del disabile si caratterizza per il superamento dell'approccio paternalistico-assistenziale al contrasto delle discriminazioni, e favorisce, viceversa, l'effettiva partecipazione lavorativa delle persone con disabilità<sup>13</sup>.

In tal senso, deve richiamarsi la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità del 13 dicembre 2006, recepita nell'ordinamento italiano con la legge di ratifica n. 18/2009, che all'art. 27 riconosce il diritto al lavoro del disabile, su base d'uguaglianza con gli altri lavoratori, attraverso la libera partecipazione al mercato del lavoro nonché ad un ambiente di lavoro aperto e accessibile, con la garanzia che siano forniti «accomodamenti ragionevoli nei luoghi di lavoro».

La Convenzione riprende e sviluppa il tema cruciale dell'adattamento del luogo di lavoro alla persona disabile e alle sue esigenze, che era già rilevabile in seno alla Raccomandazione OIL n. 168 del 1983 e, viceversa, poco valorizzato dalla Convenzione OIL n. 159 del 1983<sup>14</sup>.

La valenza non solo cogente, ma anche ermeneutica<sup>15</sup> della Convenzione è stata rafforzata attraverso la sua approvazione da parte dell'Unione Europea, con la decisione 2010/48/CE del Consiglio del 26 novembre 2009.

Ne consegue che le disposizioni della Convenzione del 2006 costituiscono ormai parte integrante dell'ordinamento giuridico dell'Unione, come chiarito anche dalla Corte di Giustizia<sup>16</sup>.

Va però considerato che l'adesione alla Convenzione del 2006 è giunta all'esito di un percorso tracciato a livello euro-unitario che, attraverso la successione di atti normativi e l'introduzione di principi fondamentali, aveva già ricondotto la tutela del lavoratore disabile nell'alveo del diritto antidiscriminatorio<sup>17</sup>.

12 Vd. S. D'ASCOLA, *Il ragionevole adattamento nell'ordinamento comunitario e in quello nazionale. Il dovere di predisporre adeguate misure organizzative quale limite al potere di recesso datoriale*, in *Var. temi dir. lav.*, 2022, n. 2, p. 186.

13 Cfr. in questo senso D. IZZI, *Commento all'articolo 26. Inserimento dei disabili*, in S. ALLEGREZZA-R. MASTROIANNI-O. POLLICINO-F. PAPPALARDO-O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 499; M. BARBERA, *Le discriminazioni basate sulla disabilità*, in ID. (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 80; W. CHIAROMONTE, *L'inclusione sociale dei lavoratori disabili fra diritto dell'Unione europea e orientamenti della Corte di giustizia*, in *Var. temi dir. lav.*, 2020, n. 4, p. 904; D. GAROFALO, *La tutela del lavoratore disabile nel prisma degli accomodamenti ragionevoli*, in *Arg. dir. lav.*, 2019, n. 6, p. 1224.

14 Cfr. Così R. NUNIN, *Disabilità, lavoro e principi di tutela nell'ordinamento internazionale*, in *Var. temi dir. lav.*, 2020, n. 4, p. 885. Sulla genericità della Convenzione OIL n. 159 del 1983 cfr. inoltre O. DESSI, *Riflessioni sulla Convenzione OIL in tema di reinserimento professionale e di occupazione delle persone disabili*, in V. FERRANTE (a cura di), *A tutela della prosperità di tutti*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 211.

15 Cfr. art. 216, comma 2, TFUE, per cui «gli accordi conclusi dall'Unione vincolano le istituzioni dell'Unione e gli Stati membri».

16 Cfr. Corte giust. 11 aprile 2013, C-335/11 e C-337/11, punto 30, in *Riv. critica dir. lav.*, 2013, n. 1-2, p. 42, con nota di A. Guariso. La Corte di giustizia ha altresì precisato che Convenzione dell'ONU, imponendo obblighi agli Stati contraenti, presenta un carattere programmatico e non *self executing* e quindi le sue disposizioni sono subordinate, quanto ad esecuzione o a effetti, all'intervento di atti ulteriori che competono alle parti. Cfr. Corte giust. 18 marzo 2014, C-363/12, punto 90, in *Foro amm.*, 2014, n. 3, c. 736.

17 Per brevi cenni, va ricordato che prima la risoluzione del Consiglio della Comunità europea che raccomandava l'elaborazione di un *Programma di azione per l'integrazione occupazionale e sociale delle persone portatrici di handicap* risale al 1974. Nel 1999 con l'approvazione del Trattato di Amsterdam il divieto di discriminazione ha fatto ingresso nel diritto positivo dell'Unione Europea, in particolare con l'art. 13 del

Si intende far riferimento, in particolare, all'approvazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 2000, che all'art. 21 sancisce il divieto di discriminazione fondato, tra l'altro, sulla disabilità, mentre all'art. 26 afferma il diritto delle persone con disabilità di beneficiare di misure intese a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità<sup>18</sup>.

Deve menzionarsi, inoltre, l'art. 10 TFUE, che annovera tra gli obiettivi dell'Unione il contrasto alle discriminazioni fondate sulla disabilità e traccia così il solco per la conseguente normativa di diritto derivato, nonché l'ex art. 13 TCE (oggi art. 19 TFUE), cioè quella norma derivante dal processo riformatore del Trattato di Amsterdam che attribuisce al Consiglio il potere di adottare «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».

In attuazione di tali principi programmatici, è stata adottata la nota direttiva 2000/78/CE che rappresenta senz'altro il provvedimento attualmente più significativo nell'ambito del diritto antidiscriminatorio a livello euro-unitario, costituendone una sorta di architrave<sup>19</sup>.

Preme segnalare che nelle trame della direttiva la garanzia del principio della parità di trattamento è perseguita, ai sensi dell'art. 5, mediante l'adozione di «soluzioni ragionevoli», intese come «provvedimenti appropriati» del datore di lavoro, «in funzione delle esigenze delle situazioni concrete», per consentire ai disabili di accedere ad un lavoro e di svolgerlo. La norma precisa che l'onere per il datore di lavoro non debba essere «sproporzionato».

L'assoluto rilievo assegnato alla «messa a punto» di una soluzione organizzativa «appropriata» per combattere le discriminazioni basate sull'*handicap*, trova inoltre conferma nei Considerando 16 e 17 della medesima direttiva. Dal canto suo, la Corte di Giustizia europea ha accolto una lettura tesa ad ampliare il novero dei soggetti in favore dei quali è disposto l'obbligo di adozione di «soluzioni ragionevoli» (comprendendovi ad esempio anche i tirocinanti)<sup>20</sup>.

Con l'approvazione della Convenzione ONU del 2006, il quadro normativo si è arricchito e all'art. 5 dir. 2000/78/CE si è affiancato l'art. 2, della Convenzione che contiene una vera e propria definizione di «accomodamento ragionevole», inteso come «le modifiche e gli

---

Trattato. Nella Carta dei diritti fondamentali approvata a Nizza del 2000, provvedono sul punto gli artt. 21 e 26. Il Trattato di Lisbona del 2007 (entrato in vigore nel 2009), oltre a far divenire la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea parte integrante del diritto dell'Unione, ha introdotto una nuova norma (art. 10) che rafforza l'impegno dell'Unione Europea nella lotta alle discriminazioni fondate sulla disabilità, ribadita dal già citato art. 13 del Trattato istitutivo la Comunità Europea, che diviene l'art. 19 del Trattato sul Funzionamento UE. Nell'evoluzione successiva va anche menzionata la Strategia europea sulla disabilità (2010-2020) contenuta nella Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni del 15 novembre 2010. Inoltre, il Pilastro europeo dei diritti sociali proclamato dal Parlamento europeo, dal Consiglio e dalla Commissione nel 2017 contempla, al punto 17, il diritto all'inclusione delle persone con disabilità. Va considerato, infine, che il divieto di discriminazione compare già all'art. 14 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà (oramai da considerarsi parte del diritto dell'Unione in base art. 6, comma 3, TUE).

18 In favore di una lettura congiunta dell'art. 26, in relazione all'art. 21 CDFUE, vd. E. ALES, *Diritti sociali e discrezionalità del legislatore nell'ordinamento multilivello: una prospettiva giuslavoristica*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 2015, n. 147, p. 470.

19 Cfr. D. IZZI, *Commento all'articolo 26*, cit., p. 502.

20 Cfr. Corte giust. 10 febbraio 2022, C-485/20, in *Foro it.*, 2022, n. 4, IV, c. 175, secondo cui l'articolo 5 della direttiva 2000/78/CE deve essere interpretato nel senso che la nozione di «soluzioni ragionevoli per i disabili», secondo tale articolo, implica che anche un lavoratore che svolge un tirocinio post-assunzione, il quale, a causa della sua disabilità, sia stato dichiarato inidoneo ad esercitare le funzioni essenziali del posto da lui occupato, ha diritto ad essere destinato ad un altro posto per il quale dispone delle competenze, delle capacità e delle disponibilità richieste, a meno che una tale misura non imponga al datore di lavoro un onere sproporzionato.

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».

È agevole rilevare, sin da ora, come la definizione di accomodamento ragionevole dettata dalla Convenzione sia di portata più ampia rispetto alla nozione fissata dall'art. 5 della direttiva, giacché a differenza di quest'ultima non si limita solo all'ambito professionale, bensì concerne anche la dimensione in senso lato relazionale del disabile<sup>21</sup>. Alla luce di ciò, la Corte di Giustizia è intervenuta affermando che la direttiva deve essere oggetto, per quanto possibile, di un'interpretazione conforme alla Convenzione<sup>22</sup>.

### 3. L'evoluzione della nozione di disabilità e i problemi di recepimento nel diritto interno.

Come è evidente, l'ambito di applicazione della disciplina sull'inserimento del lavoratore disabile nell'organizzazione dell'impresa nonché la rilevanza del conseguente obbligo di adottare accomodamenti ragionevoli sono strettamente connessi alla nozione giuridica di disabilità.

È bene ricordare che la portata di tale nozione è stata oggetto di una tormentata evoluzione giurisprudenziale, che ha anticipato – e talvolta influenzato – i successivi approdi normativi.

Basti qui dar conto del fatto che, alla stregua della definizione di «persona disabile» introdotta nel 1983 dalla Convenzione OIL n. 159, si considerava tale «qualsiasi persona le cui prospettive di reperire e di conservare un impiego adeguato, nonché di progredire professionalmente, sono notevolmente ridotte a causa di un *handicap* fisico o mentale debitamente riconosciuto»<sup>23</sup>. Come è stato da più parti sottolineato<sup>24</sup>, si trattava di una definizione ispirata alla – ormai superata – *International classification of impairments, disabilities and handicaps* (ICIDH) adottata dall'Organizzazione mondiale della sanità (OMS) nel 1980, che concepiva la disabilità come una menomazione “riconosciuta” di carattere semplicemente biomedico e non considerava, viceversa, l'incidenza di fattori economico-sociali e ambientali quale condizione o concausa di esclusione sociale e lavorativa.

Una simile interpretazione restrittiva è stata, in un primo momento, accolta dalla stessa Corte di Giustizia europea, chiamata a pronunciarsi sul contenuto della nozione di disabilità<sup>25</sup>, attesa la mancanza di una specifica previsione sul punto all'interno della direttiva 2000/78/CE<sup>26</sup>. Come è noto, infatti, la direttiva, pur prevedendo norme sul divieto di discriminazione dei lavoratori disabili, non precisa i confini della nozione di *handicap* utile ai fini dell'applicazione della disciplina comunitaria.

21 Cfr. C. SPINELLI, *La sfida degli “accomodamenti ragionevoli” per i lavoratori disabili dopo il Jobs Act*, in *Dir. lav. merc.*, 2017, n. 1, pp. 47-48.

22 Cfr. Corte giust. 18 gennaio 2024, C-631/22, punto 41 e Corte giust. 21 ottobre 2021, C-824/19, punto 59, entrambe in *DeJure*; Corte giust. 15 luglio 2021, C-795/19, punto 49, in *Guida dir.*, 2021, n. 30; Corte giust. 11 settembre 2019, C-397/18, punto 40, in *Foro it.*, 2019, 11, IV, c. 506.

23 Vd. art. 1, comma 1, Conv. OIL n. 159/1983.

24 Cfr. R. NUNIN, *Disabilità, lavoro e principi*, cit., p. 882.

25 Vd. Corte giust. 11 luglio 2006, C-13/05, punto 43, con nota di G. GIAPPICHELLI, *La Corte di Giustizia si pronuncia sulla nozione di handicap: un freno alla vis expansiva del diritto antidiscriminatorio?* in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, n. 4, p. 758 ss.; M. VIZIOLI, *Malattia e handicap di fronte alla Corte di giustizia*, in *Arg. dir. lav.*, 2007, n. 1, p. 221 ss.

26 Cfr. Corte giust. 1° dicembre 2016, C-395/15, punto 50, in *Foro it.*, 2017, 1, IV, c. 5, richiamata anche dalla Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio del 19 marzo 2021, COM (2021) 139 final, § 4.4., secondo cui «le nozioni di “disabilità” e di limitazione “duratura” della capacità lavorativa di una persona devono essere interpretate in modo autonomo e uniforme in tutta l'UE».

È stata dunque Corte di Giustizia, nel distinguere la nozione di «*handicap*» da quella di «malattia», a chiarire che col primo termine doveva intendersi «un limite che deriva, in particolare, da minorazioni fisiche, mentali o psichiche e che ostacola la partecipazione della persona considerata alla vita professionale», e che in questo caso – a differenza del carattere transeunte della malattia – deve essere probabile che sia «di lunga durata»<sup>27</sup>. È agevole osservare, dunque, come in questa prima fase la Corte, ispirandosi alla nozione bio-medica di disabilità sopra richiamata, identificava tale fattore di discriminazione esclusivamente in una «minorazione» psico-fisica del lavoratore, disinteressandosi, invece, della valenza autonoma del pregiudizio sulla sfera relazionale del disabile e del suo rapporto con altre eventuali barriere presenti nell'ambiente lavorativo<sup>28</sup>. Come è stato sottolineato<sup>29</sup>, tuttavia, l'accoglimento da parte della Corte di Giustizia di questo modello "obsoleto" di disabilità, si poneva già in controtendenza rispetto alle evoluzioni che si erano nel frattempo avute nel contesto europeo.

Tuttavia, con l'approvazione della Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità, firmata nel 2006, si è avuto il passaggio decisivo da un mero approccio biomedico a quello multidimensionale del modello bio-psico-sociale<sup>30</sup> già accolto nel 2001 dall'OMS con la pubblicazione dell'*International classification of functioning, disability and health* (ICF), che sostituiva l'ICIDH sopra citato. Secondo le previsioni della Convenzione, infatti, la condizione di disabilità diviene «il risultato dell'interazione tra persone con menomazioni e barriere comportamentali ed ambientali, che impediscono la loro piena ed effettiva partecipazione alla società su base di uguaglianza con gli altri»<sup>31</sup>. Emerge così una concezione di disabilità che risulta fortemente condizionata dal contesto (ovvero l'ambiente) nel quale la persona vive ed opera, specialmente quando tale ambiente presenta barriere di diversa natura, le quali, interagendo con le sue menomazioni durature, gli impediscono di partecipare alla società al pari dei soggetti non gravati da fattori di discriminazione.

La Corte di Giustizia, dal canto suo, non poteva non tener conto di questa evoluzione epocale ed ha, dunque, mutato il proprio orientamento attraverso la nota sentenza dell'11 aprile 2013, HK Danmark<sup>32</sup>. Tale pronuncia ha fatto proprio il predetto «modello sociale»<sup>33</sup> di

27 Ciò deriva dall'interpretazione estensiva del Considerando 16, che, ad avviso della Corte, nel riferirsi a «misure destinate ad adattare il posto di lavoro in funzione dell'*handicap*», ha previsto che l'ostacolo alla vita professionale sia, appunto, di «lunga durata». Cfr. Corte giust. 11 luglio 2006, C-13/05, cit., punti 43 e 45.

28 Cfr. in tal senso M. PASTORE, *Disabilità e lavoro: prospettive recenti della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Riv. dir. sicurezza soc.*, 2016, n. 1, p. 199 ss., il quale dà conto di tre modelli principali utilizzati a livello internazionale per definire il concetto di disabilità: il modello c.d. bio-medico, che tiene conto solo della minorazione psico-fisica; il modello c.d. sociale che, in aperta contrapposizione al primo modello, valorizza fattori ambientali e culturali quali le barriere architettoniche, i limiti all'istruzione, le discriminazioni, etc.; e, infine, il modello c.d. bio-psico-sociale che è una sintesi dei primi due modelli, tesa a compensare i limiti di entrambi (pp. 199-200).

29 Ancora M. PASTORE, *Disabilità e lavoro*, cit., pp. 203-204.

30 Così tra gli altri S. FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, *L'evoluzione del concetto giuridico di disabilità: verso un'inclusione delle malattie croniche?*, in *Dir. rel. ind.*, 2017, n. 1, p. 74 ss. ed E. DAGNINO, *La tutela del lavoratore malato cronico tra diritto vivente e (mancate) risposte di sistema*, ivi, 2023, n. 1, p. 336 ss., § 3.

31 Cfr. il Preambolo, lett. e) della Convenzione ONU del 2006. Ai sensi dell'art. 1 della medesima Convenzione, per persone con disabilità si intendono «coloro che presentano durature menomazioni fisiche, mentali, intellettive o sensoriali che in interazione con barriere di diversa natura possono ostacolare la loro piena ed effettiva partecipazione nella società su base di uguaglianza con gli altri».

32 Cfr. Corte giust. 11 aprile 2013, C-335/11 e C-337/11, cit.

33 Cfr. in senso ampio S. ROSSI, *L'accessibilità come diritto sociale delle persone disabili*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2019, n. 2, p. 401; Y. VASINI, *Discriminazione per disabilità: la normativa italiana è in linea con la normativa europea?*, in *Lavoro e giur.*, 2017, n. 3, p. 228; L. WADDINGTON-A. LAWSON, *Disability and non-discrimination law in the European Union*, European Commission, Luxembourg,

disabilità, conformandosi a quanto previsto dalla Convenzione<sup>34</sup>, senza che però questo – come ha avuto occasione di precisare lo stesso giudice europeo in altra occasione<sup>35</sup> – determinasse un’illegittimità della direttiva.

L’ampliamento del concetto di disabilità consolidatosi nell’ordinamento multilivello ha avuto inevitabilmente delle ripercussioni sul nostro ordinamento interno, che era caratterizzato ancora da un quadro “frastagliato”, in cui convivono plurime nozioni di disabilità, le quali perseguono diverse finalità e continuano a basarsi su una concezione biomedica, che è stata ormai superata – come già osservato – a livello sovranazionale<sup>36</sup>. Ciò ha indotto il Parlamento a conferire con la l. n. 227/2021 una delega al Governo per adottare una definizione di «disabilità» coerente con l’articolo 1, paragrafo 2, della Convenzione ONU<sup>37</sup>. In attuazione della legge-delega<sup>38</sup>, il Governo ha approvato il 3 novembre 2023, in esame preliminare, due schemi di decreto legislativo<sup>39</sup>, con cui si annuncia, oltre all’introduzione di una moderna e unitaria nozione di «condizioni di disabilità»<sup>40</sup>, l’unificazione del procedimento di certificazione della disabilità da parte dell’INPS<sup>41</sup> e l’introduzione di un procedimento di valutazione multidisciplinare, che prende a riferimento «il concreto contesto sociale in cui la persona svolge la propria vita», in una prospettiva «multidimensionale» e «bio-psico-sociale»<sup>42</sup>.

Se, da un lato, tale nozione “contemporanea” di disabilità meglio si adatta al perseguimento di un’effettiva condizione di eguaglianza sostanziale, che rimuova, quindi, effettivamente gli ostacoli di «ordine sociale» alla piena realizzazione della persona del lavoratore disabile, dall’altro lato, non sfugge come essa possa dischiudere rilevanti margini di incertezza.

---

2009, p. 16.

34 Ciò emergeva già in Corte giust. 11 aprile 2013, C-335/11 e C-337/11, par 37, cit. ed è stato ribadito nelle pronunce più recenti della Corte di Giustizia, potendosi ormai ritenere un principio consolidato. Cfr. Corte giust. 18 gennaio 2024, C-631/22, cit., punto 34; Corte giust. 10 febbraio 2022, C-485/20, cit., punto 34.

35 Corte giust. 18 marzo 2014, C-363/12, cit., punto 90.

36 Ci si riferisce in particolare alle diverse definizioni di disabilità contenute nella l. n. 68/1999, nonché nell’art. 3, della l. n. 104/1992.

37 Cfr. art. 2, comma 2, lett. a), n. 1), l. n. 227/2021.

38 Per un commento alla legge-delega cfr. M. DE FALCO, *Ragionando attorno alla legge delega in materia di disabilità: una prospettiva giuslavoristica*, in *Resp. civ. e prev.*, 2022, n. 5, p. 1738 ss.

39 Lo schema di decreto legislativo sulla “Definizione della condizione di disabilità, della valutazione di base, di accomodamento ragionevole, della valutazione multidimensionale per l’elaborazione e attuazione del progetto di vita individuale personalizzato e partecipato” è stato trasmesso in data 9 febbraio 2024 alla presidenza del Senato perché fosse sottoposto all’esame delle Commissioni parlamentari competenti per materia e per i profili finanziari (cfr. Atto del Governo sottoposto a parere parlamentare n. 122). È stato invece pubblicato il primo decreto attuativo legge-delega, ossia il d.lgs. 13 dicembre 2023, n. 222, recante “Disposizioni in materia di riqualificazione dei servizi pubblici per l’inclusione e l’accessibilità, in attuazione dell’art. 2, comma 2, lett. e), l. n. 227/2021”, il quale si applica nell’ambito delle pubbliche amministrazioni (cfr. art. 2) e contiene un unico cenno agli accomodamenti ragionevoli all’art. 1, comma 2. Per un primo commento alla decretazione attuativa cfr. V. VERZULLI, *Disabilità, malattia cronica, fragilità: il lavoro agile come accomodamento ragionevole*, in *Dir. sic. lav.*, 2024, n. 1, p. 9 ss.

40 Intesa come una «duratura compromissione fisica, mentale, intellettuale o sensoriale che, in interazione con barriere di diversa natura, può ostacolare la piena ed effettiva partecipazione nei diversi contesti di vita su base di uguaglianza con gli altri». Cfr. lo schema di decreto legislativo «Definizione della condizione di disabilità, della valutazione di base, di accomodamento ragionevole, della valutazione multidimensionale per l’elaborazione e attuazione del progetto di vita individuale personalizzato e partecipato», art. 2, comma 1, lett. a), su cui si è raggiunta l’intesa in Conferenza Unificata Stato-Regioni in data 11 gennaio 2024.

41 Cfr. schema di decreto legislativo cit., art. 9.

42 Cfr. schema di decreto legislativo cit., art. 18 ss.

Di fatto, in assenza di un procedimento unitario e vincolante di accertamento della condizione di disabilità<sup>43</sup>, viene rimessa alla soggettività dell'interprete la ponderazione e la connessione tra qualsiasi tipo di menomazione e la sussistenza di barriere sociali – o di altra natura –, al fine di individuare il campo applicativo della normativa di inclusione del disabile. E, per quanto qui rileva, tale incertezza rischia di riverberarsi sul corretto adempimento dell'obbligo di adozione degli accomodamenti ragionevoli, con un giudizio circa la sussistenza dello stato di disabilità che potrebbe peraltro giungere *ex post* rispetto alla decisione assunta “al buio” – ovvero, in assenza di conoscenza della condizione in cui versa il lavoratore – da parte datore di lavoro.

### 3.1. Segue. Quale tutela per i *caregivers*?

Ci si potrebbe chiedere, inoltre, se anche il cd. *caregiver*<sup>44</sup>, ossia quel soggetto che presta attività di cura e assistenza nei confronti del disabile, possa beneficiare di “riflesso” delle medesime tutele contemplate per quest'ultimo, in considerazione della funzione di essenziale sostegno che garantisce al soggetto fragile.

Si tenga presente, a tal proposito, che la giurisprudenza euro-unitaria, in applicazione del principio del c.d. effetto utile<sup>45</sup>, ha ritenuto che il «divieto di discriminazione *diretta*» previsto dalla direttiva 2000/78/CE «non è limitato alle sole persone che siano esse stesse disabili» ma si estende anche al caso di un lavoratore non disabile che sia vittima di un trattamento sfavorevole causato dalla disabilità del figlio al quale presta la parte essenziale delle cure di cui quest'ultimo ha bisogno<sup>46</sup>. La questione, di indubbia rilevanza, attesi gli estesi carichi di assistenza che gravano ormai sulle famiglie, è divenuta ancora più attuale a seguito della recente ordinanza interlocutoria della Cassazione del 17 gennaio 2024<sup>47</sup>, che ha rimesso alla Corte di giustizia europea una questione interpretativa relativa proprio all'ambito di applicazione della disciplina prevista dalla dir. 2000/78/CE.

Nello specifico, i giudici di legittimità hanno richiesto alla Corte lussemburghese di pronunciarsi, oltre che sui confini della definizione di *caregiver*, sulla possibilità dello stesso di beneficiare della tutela antidiscriminatoria in caso di discriminazione *indiretta* causata dall'attività di assistenza prestata, nonché, in particolare, sulla configurabilità in capo al

43 Che non a caso verrà introdotto dall'art. 9 dello schema di decreto legislativo cit.

44 L'art. 1, comma 255, l. n. 205/2017, definisce *caregiver* familiare «la persona che assiste e si prende cura del coniuge, dell'altra parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso o del convivente di fatto ai sensi della legge 20 maggio 2016, n. 76, di un familiare o di un affine entro il secondo grado, ovvero, nei soli casi indicati dall'articolo 33, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, di un familiare entro il terzo grado che, a causa di malattia, infermità o disabilità, anche croniche o degenerative, non sia autosufficiente e in grado di prendersi cura di sé, sia riconosciuto invalido in quanto bisognoso di assistenza globale e continua di lunga durata ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, o sia titolare di indennità di accompagnamento ai sensi della legge 11 febbraio 1980, n. 18».

45 Il principio dell'effetto utile, largamente utilizzato nella giurisprudenza della Corte di giustizia, è, come noto, quel principio che impone un'applicazione o un'interpretazione delle norme comunitarie più funzionale al raggiungimento delle loro finalità. Si è sostenuto (così G. TESAURO, *Diritto comunitario*, 3<sup>a</sup> ed., Cedam, Padova, 2003, p. 108 ss.) che tale principio rappresenti un principio generale del diritto europeo, tanto da essere annoverato tra le fonti non scritte dell'ordinamento dalla Corte di giustizia. Per un approfondimento cfr. I. INGRAVALLO, *L'effetto utile nell'interpretazione del diritto dell'Unione Europea*, Cacucci, Bari, 2017; nonché A. TIZZANO, *La tutela dei privati nei confronti degli Stati membri dell'Unione europea*, in *Foro it.*, 1995, IV, c. 13 ss.

46 Cfr. Corte giust. 17 luglio 2008, C-303/06, in *Dir. rel. ind.*, 2008, n. 3, p. 849 con nota di D. Venturi (altresi in *Riv. critica dir. lav.*, 2008, n. 4, p. 1168, con nota di L. Calafà).

47 Cass. 17 gennaio 2024, n. 1788, *Diritto & Giustizia*, 2024, 18 gennaio, con nota di I. Leverone

datore di lavoro dell'obbligo di adottare accomodamenti ragionevoli anche nei confronti di questa categoria di soggetti.

L'ordinamento italiano, invero, salvo gli specifici benefici e diritti contemplati dalla l. n. 104/1992, non riconosce ai *caregiver* una tutela generale contro le discriminazioni. Pertanto, l'accoglimento di un'interpretazione restrittiva da parte della giurisprudenza euro-unitaria confermerebbe l'esclusione di queste figure dai meccanismi di protezione apprestati dal diritto antidiscriminatorio.

Tuttavia, come argomentato dalla stessa Cassazione nella citata ordinanza, una risposta affermativa alla questione potrebbe giustificarsi sulla base del perseguimento dell'effetto utile della direttiva, che mira a stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate sulla disabilità, e sulla stretta connessione tra discriminazione indiretta e diretta. Del resto, l'art. 2 della Convenzione del 2006 – che rileva, come è noto, ai fini dell'interpretazione della direttiva – non distingue tra discriminazione diretta e indiretta, ma adotta un concetto onnicomprensivo di discriminazione.

### 3.2. Segue. Il rapporto tra disabilità e inidoneità alla mansione.

Una nozione estesa di disabilità pone la questione della sua eventuale sovrapposizione con l'ipotesi di inidoneità alla mansione del lavoratore. È necessaria, pertanto, una precisazione terminologica che delimiti le aree di operatività delle due nozioni, giacché l'ordinamento interno individua due regimi sanzionatori differenziati in caso di licenziamento illegittimo a seconda che il lavoratore versi nell'una o nell'altra condizione<sup>48</sup>.

Il giudizio di inidoneità alla mansione, operato dal medico competente ai sensi dell'art. 41 d.lgs. n. 81/2008<sup>49</sup>, si ricollega a un sistema di tutele che positivizza e valorizza l'obbligo di *repêchage*, costituente ormai "diritto vivente" a partire dalla nota sentenza della Cassazione a Sezioni Unite n. 7755 del 1998<sup>50</sup>. È utile sin da ora richiamare l'art. 4, comma 4, della l. n. 68/1999 ai sensi del quale qualora i lavoratori «divengono inabili allo svolgimento delle proprie mansioni in conseguenza di infortunio o malattia [...] l'infortunio o la malattia non costituiscono giustificato motivo di licenziamento nel caso in cui essi possano essere adibiti a mansioni equivalenti ovvero, in mancanza, a mansioni inferiori».

Il medesimo obbligo per il datore di lavoro è esplicitato, in via generale, dall'art. 42 del d.lgs. n. 81/2008, che impone l'adibizione del lavoratore «ove possibile» a «mansioni equivalenti o, in difetto, a mansioni inferiori», a seguito del giudizio di inidoneità espresso dal medico competente.

48 In questo senso cfr. I. BRESCIANI, *Sussiste l'obbligo datoriale di adottare gli accomodamenti ragionevoli anche in caso di sopravvenuta inidoneità del lavoratore, ma solo se è riconducibile alla nozione di disabilità*, in *Mass. Giur. lav.*, 2020, n. 4, p. 1078; M. LAI, *Recenti sviluppi inidoneità sopravvenuta*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2018, n. 1, p. 40 ss.; M. PERUZZI, *La protezione dei lavoratori disabili nel contratto di lavoro*, in *Var. temi dir. lav.*, 2020, n. 4, p. 947 ss.

49 È pacifico che tali accertamenti possano riguardare anche la persona disabile. Va ricordato infatti che la Corte cost., con sentenza del 21 novembre 1997, n. 354, in *Foro it.*, 1998, I, c. 13, ha ritenuto non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'analoga norma contenuta nell'art. 16 d.lgs. n. 626/1994, nella parte in cui prevedeva che il medico competente dovesse svolgere accertamenti preventivi anche sui lavoratori invalidi avviati obbligatoriamente al lavoro. Anche la giurisprudenza li aveva dunque pacificamente ammessi, cfr. Cass. 3 ottobre 2006, n. 21302, in *DeJure*; Cass. 2 dicembre 2005, n. 26238, in *Orient. giur. lav.*, 2005, n. 4, I, p. 830. Sul punto cfr. L. NOGLER, *Commento sub art. 42, cit.*, p. 478 ss.; E. GRAGNOLI, *La sopravvenuta inidoneità del lavoratore subordinato allo svolgimento delle sue mansioni*, in F. CARINCI-E. GRAGNOLI (a cura di), *Codice commentato della sicurezza sul lavoro*, Utet, Torino, 2010, p. 380, nonché C. LAZZARI, *L'organizzazione del sistema aziendale di prevenzione: soggetti ed obblighi tecnici*, in *Working Papers Olympus*, 2014, n. 30, p. 43 ss. 50 Cass., Sez. Un., 7 agosto 1998, n. 7755, con nota di G. PERA, *Della licenziabilità o no del lavoratore divenuto totalmente inabile*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, n. 1, p. 180 ss.

Alla luce di quanto già esposto<sup>51</sup>, può osservarsi come le due nozioni possano intrecciarsi e financo coincidere<sup>52</sup>. Si pensi al caso in cui la disabilità sia determinata da un infortunio o da una malattia, che renda al contempo il lavoratore inidoneo alla mansione per un lungo periodo.

D'altro canto, i due piani restano distinti, giacché vi possono essere dei casi in cui la disabilità non determini l'inidoneità alla mansione, e per converso altri in cui l'inidoneità non derivi da disabilità<sup>53</sup>. Il riconoscimento di queste ipotesi, tuttavia, non è agevole, giacché, alla luce della nozione di disabilità bio-psico-sociale sopra descritta, qualsiasi menomazione anche minima, se valutata in correlazione con altre barriere, potrebbe essere comunque considerata disabilità. Senza considerare il fatto che la nozione di disabilità non è statica, bensì «in evoluzione»<sup>54</sup>, e detta condizione può mutare nel corso del rapporto di lavoro ed essere suscettibile di continui aggravamenti.

Va poi tenuto presente che le tutele del lavoratore, che sia al contempo inidoneo alla mansione e disabile, convivono nell'art. 10, comma 3, della l. n. 68/1999, qualora si registri una «condizione di aggravamento» del lavoratore, già disabile al momento dell'assunzione, che sia «incompatibile con la prosecuzione dell'attività lavorativa». In tal caso, era già contemplato un obbligo di adottare accomodamenti ragionevoli, nel punto in cui si prevede che il rapporto di lavoro possa risolversi solo là dove sia impossibile reinserire il lavoratore anche «attuando i possibili adattamenti nell'organizzazione del lavoro».

#### **4. Il contenuto positivo del diritto: l'adozione di accomodamenti ragionevoli.**

Nel novero delle azioni positive, volte a rimuovere le condizioni di disegualianza cagionate dalla disabilità, rientrano dunque i cd. "accomodamenti ragionevoli", che, come si è evidenziato, trovano un espresso riconoscimento nell'ordinamento sovranazionale.

Come è noto, l'Italia ha attuato la direttiva 2000/78/CE attraverso il d.lgs. n. 216/2003, che al comma 3-bis, dell'art. 3, rinvia alla definizione di accomodamenti ragionevoli contenuta nella Convenzione ONU del 2006<sup>55</sup>. In tal modo, il quadro normativo nazionale si è dotato di uno strumento normativo che impone, in linea generale, l'adozione di ragionevoli accomodamenti sul luogo di lavoro, a tutela dei lavoratori disabili, superando i limiti che erano insiti nella disposizione contenuta nell'art. 10, comma 3, l. n. 68/1999<sup>56</sup>.

---

51 Cfr. *supra* § 3.

52 In dottrina si è sostenuto che tra disabilità e inidoneità sussiste un rapporto di *genus a species*. In questo senso vd. M. PERUZZI, *La protezione dei lavoratori disabili*, cit., 948.

53 Cfr. R. VOZA, *Sopravvenuta inidoneità psicofisica e licenziamento del lavoratore nel puzzle normativo delle ultime riforme*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, n. 4-5, pp. 784-785 che porta ad esempio dell'acrobata di circo, che diventa inidoneo allo svolgimento delle sue mansioni, implicanti un altro grado di perizia e abilità, e del lavoratore che sviluppa un'allergia a una sostanza usata in una specifica lavorazione, che, per ciò solo, non sono estromessi dalla «piena partecipazione alla vita sociale».

54 Cfr. il Preambolo, lett. e) della Convenzione ONU del 2006.

55 Il richiamato comma 3-bis è stato inserito dall'art. 9, comma 4-ter, del d.l. 28 giugno 2013, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla l. 9 agosto 2013, n. 99. La norma è stata introdotta nell'ordinamento a seguito della sentenza della Corte di Giustizia con cui veniva rilevato l'inadempimento dell'Italia per insufficiente trasposizione della direttiva, in particolare con riferimento all'art. 5 dir. 2000/78/CE. Cfr. Corte giust., 4 luglio 2013, C-312/1, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, n. 4, p. 935 ss., con nota di M. CINELLI, *Insufficiente per la Corte di giustizia la tutela che l'Italia assicura ai lavoratori disabili: una condanna realmente meritata?*.

56 Ci si sarebbe potuto chiedere, infatti, se l'art. 10, comma 3, l. n. 68/1999, facendo riferimento ai «possibili adattamenti» non fosse già di per sé attuativo della dir. n. 2000/78/CE. Tuttavia, deve ritenersi che un'interpretazione di questo tipo lascerebbe un vuoto di tutela per quei disabili che non rientrano nella nozione biomedica di disabilità fatta propria dalla legge e non vedano aggravate le loro condizioni psico-fisiche.

La stessa giurisprudenza nazionale, del resto, ha sottolineato la necessità che il legislatore in relazione agli accomodamenti ragionevoli provveda a trasporre nell'ordinamento interno la formula contenuta nelle fonti sovranazionali, in dichiarata attuazione delle stesse, affidandosi ad una «nozione a contenuto variabile»<sup>57</sup>, caratterizzata da una «indeterminatezza»<sup>58</sup> strutturale<sup>59</sup>.

La stessa giurisprudenza euro-unitaria ha, non a caso, ritenuto non tassativo qualsiasi eventuale catalogo di accomodamenti ragionevoli<sup>60</sup>. Pertanto, deve leggersi in via puramente esemplificativa l'elenco contenuto nel Considerando 20 della direttiva, là dove contempla quali «misure efficaci e pratiche destinate a sistemare il luogo di lavoro in funzione dell'*handicap*» la sistemazione dei locali, l'adattare le attrezzature, il regolare i ritmi di lavoro, la ripartizione dei compiti, il fornire mezzi di formazione o di inquadramento.

Gli accomodamenti ragionevoli sono in buona sostanza adattamenti di diverso genere che possono riferirsi a cambiamenti materiali (es. adattamenti degli ambienti fisici) e/o organizzativi (es. flessibilità dell'orario di lavoro<sup>61</sup>) adottati nei luoghi di lavoro<sup>62</sup>. Peraltro, al fine di offrire uno «strumento operativo»<sup>63</sup> al datore di lavoro, in una materia connotata dall'atipicità, il d.lgs. n. 151/2015, art. 1, ha opportunamente previsto che con decreti del Ministro del lavoro fossero definite linee guida in materia di collocamento mirato delle persone con disabilità<sup>64</sup>. Tali Linee guida, che sono state adottate con il decreto del Ministro del lavoro n. 43 dell'11 marzo 2022, al punto 7.3., nell'ambito della «analisi delle caratteristiche dei posti di lavoro», forniscono un significativo elenco dei possibili

57 Cfr. Cass., 9 marzo 2021, n. 6497, punto 5.1, in *Riv. it. dir. lav.*, 2021, n. 4, p. 597.

58 Cfr. Trib. Lecco 9 febbraio 2023, in *Dir. rel. ind.*, 2023, n. 4, p. 1057 ss., con nota di M. T. AMBROSIO, *Le soluzioni ragionevoli quali argomenti a favore della tutela antidiscriminatoria*.

59 In dottrina è stato osservato che l'accomodamento ragionevole si configura come una soluzione «su misura» (D. FERRI, *L'accomodamento ragionevole per le persone con disabilità in Europa: da Transatlantic Borrowing alla Cross-Fertilization*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2017, n. 2, p. 390) per il singolo lavoratore. Cfr. anche R. NUNIN, *Disabilità, lavoro e principi*, cit., p. 890, che evidenzia l'approccio «sartoriale» nel commentare l'intervento del Comitato sui diritti delle persone con disabilità (*Committee on the Rights of Persons with Disabilities*). Con riferimento a quest'ultimo documento si veda il punto 25, dove il Comitato si sofferma sulla distinzione tra «accessibilità», rivolta ai gruppi di lavoratori, e «accomodamenti ragionevoli», destinati al singolo.

60 Cfr. tra le prime sentenze Corte giust. 11 aprile 2013, C-335/11 e C-337/11, cit., punti 49 e 56; Corte giust. 4 luglio 2013, C-312/11, cit., punto 60; Corte giust. 11 settembre 2019, C-397-18, cit., punto 64, in cui la Corte ha affermato che il concetto di «soluzioni ragionevoli» deve essere inteso nel senso che si riferisce all'eliminazione delle barriere di diversa natura che ostacolano la piena ed effettiva partecipazione dei disabili alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori. In dottrina cfr. C. SPINELLI, *La sfida degli "accomodamenti ragionevoli"*, cit., p. 42.

61 Vd. anche Trib. Roma 18 dicembre 2023, in *wikilabour.it* che riconosce il diritto del lavoratore disabile ad ottenere la concessione del lavoro agile quale accomodamento ragionevole.

62 Come, a titolo esemplificativo, adattamenti degli ambienti fisici e adattamenti dell'orario di lavoro. Cfr. M. GIOVANNONE, *L'inclusione lavorativa delle persone con disabilità in Italia*, Organizzazione Internazionale del Lavoro, Roma, 2022, p. 19. Occorre altresì ricordare che l'articolo 4, comma 3, della legge n. 68/1999, modificato dall'art. 9, comma 5, d.l. n. 179/2012, ha previsto che i lavoratori disabili dipendenti occupati a domicilio o con modalità di telelavoro, ai quali l'imprenditore affida una quantità di lavoro, anche mediante la predisposizione di accomodamenti ragionevoli, sono computati ai fini della copertura della quota di riserva.

63 Cfr. C. SPINELLI, *La sfida degli "accomodamenti ragionevoli"*, cit., p. 45.

64 In particolare, l'art. 1, d.lgs. n. 151/2015, prevede che debbano essere adottati i decreti attuativi sulla «analisi delle caratteristiche dei posti di lavoro da assegnare alle persone con disabilità, anche con riferimento agli accomodamenti ragionevoli che il datore di lavoro è tenuto ad adottare», nonché sulla «promozione dell'istituzione di un responsabile dell'inserimento lavorativo nei luoghi di lavoro, con compiti di predisposizione di progetti personalizzati per le persone con disabilità e di risoluzione dei problemi legati alle condizioni di lavoro dei lavoratori con disabilità, in raccordo con l'INAIL per le persone con disabilità da lavoro».

accomodamenti ragionevoli<sup>65</sup>, che, sebbene da ritenersi anch'esso esemplificativo, può fornire un utile ausilio per l'interprete.

Occorre, altresì, precisare che gli obblighi di adottare accomodamenti ragionevoli sono diversi dagli obblighi tesi a garantire l'accessibilità del disabile all'occupazione. Se, da una parte, questi ultimi sono doveri *ex ante* (finalizzati all'inserimento del disabile nel mercato del lavoro), il dovere di fornire una sistemazione ragionevole è un dovere *ex nunc*, di carattere dinamico, che si evolve nel corso del rapporto, in una relazione "osmotica" con la condizione di disabilità del lavoratore.

Analogamente, pur partendo da una «matrice comune»<sup>66</sup>, la valutazione sul tipo di accomodamenti ragionevoli da adottare appare diversa rispetto all'operazione richiesta al datore di lavoro nell'adempiere all'obbligo di *repêchage* nell'ambito del licenziamento per giustificato motivo oggettivo (parlandosi non a caso di obbligo di *repêchage* rafforzato). Nel primo caso, difatti, a differenza del secondo, l'assolvimento dell'obbligo in capo al datore non può risolversi solamente nel rilevamento di un fatto meramente negativo<sup>67</sup> – come, ad esempio, la mancanza di posti di lavoro disponibili in mansioni equivalenti o inferiori – ma richiede l'adozione di un comportamento positivo, che trova il proprio limite nei principi di ragionevolezza e proporzionalità<sup>68</sup>.

In altre parole, se nel *repêchage* tradizionale si richiede di assolvere ad un obbligo di ricollocazione ad organizzazione data, nel *repêchage* rafforzato si tratta di modificare l'organizzazione, adottando degli adeguamenti della stessa, sia pure entro i confini della ragionevolezza e della proporzionalità. È dunque in questi limiti, che saranno analizzati nel paragrafo successivo, che si rinviene il confine dell'adempimento dell'obbligo di *repêchage* rafforzato. In buona sostanza, la finalità perseguita dal legislatore a tutela del principio di parità di trattamento pare rinvenirsi nella garanzia del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro o, in ogni caso, della possibilità di una diversa e adeguata occupazione nell'organizzazione aziendale, "ragionevolmente adattata", così da permettergli di soddisfare il bisogno di sostentamento e di realizzazione personale connessi all'attività lavorativa (artt. 4 e 36 Cost.).

---

65 Vengono ritenute accomodamenti ragionevoli: 1. le misure efficaci e pratiche destinate a sistemare il luogo di lavoro in funzione della disabilità, ad esempio sistemando i locali, o adattando le attrezzature, i ritmi di lavoro, la ripartizione dei compiti o fornendo mezzi di inquadramento; 2. le soluzioni tecniche o tecnologiche, inclusi software specifici come screen-readers o software di riconoscimento vocale, ma anche soluzioni low-tech come scrivanie rialzabili, pedane elevatrici necessarie per ridurre i movimenti della colonna vertebrale, altri mezzi che riducano l'intensità degli sforzi fisici e in generale ogni tecnologia assistiva; 3. le soluzioni ambientali volte a destinare al lavoratore un ufficio diverso da quello originariamente predisposto, localizzato in una specifica area della sede dell'impresa (ad esempio vicino ad una toilette accessibile, al piano terra, oppure un ufficio più grande per permettere la mobilità di una sedia a rotelle); 4. le strisce luminose nelle vetrate e/o di strisce antiscivolo nei gradini di marmo, l'applicazione degli aspetti ergonomici della postazione, degli strumenti, degli aspetti psichico sociali; 5. la modifica dell'orario di lavoro o la distribuzione delle mansioni; 6. soluzioni organizzative quali il lavoro a tempo parziale e altre riduzioni dell'orario lavorativo, riorganizzazione dei turni, l'applicazione del telelavoro, del lavoro agile e permessi volti ad assicurare lo svolgimento di attività riabilitative, congedi estesi o supplementari; 7. assistenza sul posto di lavoro (che si può configurare quale presenza di un assistente di lavoro specializzato o *job coach* che prepara il dipendente per i loro compiti quotidiani).

66 L. CALCATERRA, *L'obbligo di formazione ex art. 2103, terzo comma, c.c. come accomodamento ragionevole*, in *Lav. dir. eur.*, 2024, n. 1, qui p. 9, il quale valorizza il dovere di adottare comportamenti positivi (tra cui provvedere alla formazione ex art. 2103, comma 3, c.c.) anche nel caso di tradizionale obbligo *repêchage* e osserva che la matrice comune con gli accomodamenti ragionevoli è quella della «eccessiva onerosità sopravvenuta».

67 Cfr. R. DIAMANTI, *Il licenziamento per inidoneità sopravvenuta tra ripescaggio, accomodamenti ragionevoli e scelte organizzative aziendali*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2022, n. 4, p. 619.

68 Vd. *funditus* § 4.1.

#### 4.1. Segue. I limiti: proporzionalità e ragionevolezza.

A ben guardare, la formula di rinvio utilizzata nell'art. 3, comma 3-*bis*, d.lgs. n. 216/2003 può rivelarsi foriera di incertezze applicative<sup>69</sup>. Difatti, il contenuto specifico dell'obbligo di adottare accomodamenti ragionevoli, secondo la giurisprudenza di legittimità, viene individuato in definitiva dall'interprete, ossia in ultima istanza dal giudice, «guidato dalle circostanze del caso concreto»<sup>70</sup>, il che lascia aperto un discreto margine di soggettività.

L'espresso limite rinvenibile nella definizione contenuta nella Convenzione del 2006, là dove si specifica che tale accomodamento non debba imporre «un onere sproporzionato o eccessivo»<sup>71</sup>, potrebbe, seppure inteso in termini di eccessiva onerosità sopravvenuta<sup>72</sup>, non essere del tutto dirimente, poiché è anch'esso largamente valutativo.

Lo stesso deve dirsi per l'art. 5 della direttiva che esclude l'adozione di soluzioni ragionevoli qualora richiedano «un onere finanziario sproporzionato», sebbene, come chiarito dal Considerando 21, il carattere sproporzionato dell'onere può valutarsi in concreto tenendo conto in particolare «dei costi finanziari o di altro tipo» derivanti dall'adozione delle misure, «delle dimensioni e delle risorse finanziarie dell'organizzazione o dell'impresa e della possibilità di ottenere fondi pubblici o altre sovvenzioni». Sono tutti elementi che, guidando l'*iter* motivazionale che deve essere seguito<sup>73</sup>, affidano però al giudice un certo margine di discrezionalità, e, di conseguenza, non sempre sono in grado di orientare con certezza il comportamento del datore di lavoro destinatario del precetto.

Volgendo per un istante lo sguardo verso l'ordinamento interno, appare utile ricordare che, per effetto delle novità introdotte dalla legge n. 190/2014, l'Inail può finanziare la realizzazione di progetti personalizzati di reinserimento lavorativo per i lavoratori disabili volti alla conservazione del posto di lavoro o alla ricerca di nuova occupazione<sup>74</sup> e al datore di lavoro può essere erogato anche il rimborso forfetario parziale delle spese affrontate per l'adozione di accomodamenti ragionevoli ai sensi dell'art. 14, comma 4, lett. b), l. 12 marzo 1999, n. 68<sup>75</sup>. In altri termini, tali discipline consentono al datore di fruire di sovvenzioni da parte di terzi per l'attuazione di accomodamenti ragionevoli a tutela del lavoratore disabile<sup>76</sup>.

Pertanto, vale la pena domandarsi se, in presenza di un licenziamento intimato al lavoratore disabile, ove il datore di lavoro giustifichi la mancata adozione di accomodamenti ragionevoli in ragione della loro eccessiva onerosità, si debba anche verificare se questi abbia

69 Cfr. ancora R. DIAMANTI, *Il licenziamento per inidoneità*, cit., p. 619, che pone altresì il tema della prevedibilità per il datore di lavoro degli accomodamenti ragionevoli da adottare.

70 Cfr. Cass. 9 marzo 2021, n. 6497, cit., punto 5.1.

71 Vd. art. 2 della Convenzione ONU del 2006 e art. 5, dir. 2000/78/CE.

72 Così L. CALCATERRA, *L'obbligo di formazione ex art. 2103*, cit., p. 8 ss.

73 Perciò vengono utilizzati variamente dalla giurisprudenza, cfr. Corte app. Venezia 5 aprile 2022, n.210, in *DeJure*.

74 Cfr. l'art. 1, comma 166, l. 23 dicembre 2014, n. 190 (attuato con il Regolamento per il reinserimento e l'integrazione lavorativa delle persone con disabilità da lavoro, a sua volta approvato con la determinazione presidenziale dell'11 luglio 2016 n. 258, modificato e integrato con la determinazione presidenziale 19 dicembre 2018, n. 527) che ha attribuito all'Inail le competenze in materia di reinserimento e di integrazione lavorativa delle persone con disabilità da lavoro.

75 Nello specifico l'art. 14, comma 4, lett. b), l. 12 marzo 1999, n. 68, contempla il rimborso delle spese necessarie all'adozione di accomodamenti ragionevoli in favore dei lavoratori con riduzione della capacità lavorativa superiore al 50 per cento, incluso l'apprestamento di tecnologie di telelavoro o la rimozione delle barriere architettoniche che limitano in qualsiasi modo l'integrazione lavorativa della persona con disabilità, nonché per istituire il responsabile dell'inserimento lavorativo nei luoghi di lavoro.

76 L'art. 1, comma 166, l. n. 190/2014 fa riferimento a interventi formativi di riqualificazione professionale, con progetti per il superamento e per l'abbattimento delle barriere architettoniche sui luoghi di lavoro, con interventi di adeguamento e di adattamento delle postazioni di lavoro.

previamente tentato di accedere alle suddette sovvenzioni<sup>77</sup>. E se, in caso contrario, come sembra, l'inerzia datoriale possa suffragare un giudizio di illegittimità del licenziamento, anche in ragione delle chiare indicazioni provenienti dal legislatore europeo<sup>78</sup>.

Ad ogni modo, alla luce del quadro delineato, la salvaguardia dell'occupazione si realizza attraverso un delicato e complesso temperamento che deve tener conto sia del diritto del lavoratore a mantenere l'occupazione – in condizioni di parità – nonostante l'inidoneità o la disabilità, sia del contrapposto interesse del datore di lavoro a esercitare la propria attività produttiva senza dover sopportare oneri eccessivi<sup>79</sup>.

Il diverso apprezzamento degli interessi coinvolti ha determinato due esiti giurisprudenziali differenti – anche se non molto distanti tra loro<sup>80</sup> – sulla delimitazione dei confini dell'obbligo di adozione degli accomodamenti ragionevoli (e dunque dell'obbligo di *repêchage*).

Un primo orientamento<sup>81</sup> valorizza la connessione – tanto da farle assumere le forme di una vera e propria "identificazione" – del limite della proporzionalità con l'organizzazione interna dell'impresa e il mantenimento del suo equilibrio finanziario<sup>82</sup>, richiamando espressamente i noti principi in materia di obbligo di *repêchage*. Il datore di lavoro, secondo questa impostazione, potrà adempiere agli obblighi imposti dall'art. 3, comma 3-bis, l. n. 216/2003, mediante l'adozione di provvedimenti che incidano sulle modalità estrinseche attraverso cui si svolge la prestazione del disabile, senza per questo modificare l'organizzazione dell'impresa.

In tal senso, viene posto quale vincolo all'azione positiva del datore di lavoro, il «diritto degli altri lavoratori alla conservazione delle mansioni assegnate e, in ogni caso, di mansioni che ne valorizzino l'esperienza e la professionalità acquisita»<sup>83</sup>.

<sup>77</sup> Così parrebbe L. CALCATERRA, *L'obbligo di formazione ex art. 2103*, cit., p. 11

<sup>78</sup> Cfr. il Considerando n. 21 della direttiva 2000/78/CE sopra richiamato.

<sup>79</sup> L'art. 5, dir. 2000/78/CE, peraltro, sembra delineare un quadro "sinergico" tra datore di lavoro e Stati nell'approntamento delle azioni positive a tutela del lavoratore disabile, disponendo che le soluzioni non debbano ritenersi sproporzionate «allorché l'onere è compensato in modo sufficiente da misure esistenti nel quadro della politica dello Stato membro a favore dei disabili». In altri termini, se, da un lato, il disabile non può essere lasciato solo di fronte alle barriere che impediscono la piena attuazione del diritto alla realizzazione della sua personalità, dovendo il datore di lavoro farsi carico (nei limiti della ragionevolezza e proporzione) di questo dovere di solidarietà sociale, d'altra parte, neppure questi può essere lasciato solo, e lo Stato deve introdurre tutte le misure di sostegno che permettano i migliori adattamenti necessari per consentire la realizzazione lavorativa del disabile.

<sup>80</sup> Cfr. Cass. 23 febbraio 2021, n. 4896 e Cass. 9 marzo 2021, n. 6497 con note di: C. ALESSI, *Disabilità, accomodamenti ragionevoli e oneri probatori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2021, n. 4, p. 613 ss.; P. DE PETRIS, *L'obbligo di adottare accomodamenti ragionevoli nei luoghi di lavoro: approdi definitivi della Suprema Corte e questioni ancora aperte*, in *Arg. dir. lav.*, 2021, n. 4, p. 1061 ss.; M. DE FALCO, *L'accomodamento per i lavoratori disabili: una proposta per misurare ragionevolezza e proporzionalità attraverso l'INAIL*, in *Lav. dir. eur.*, 2021, n. 3, p. 2 ss. Anche se depositate a breve distanza tra loro, deve osservarsi che le due sentenze sono state redatte da due Consiglieri relatori differenti.

<sup>81</sup> Cfr. Cass. 19 dicembre 2019, n. 34132, in *Labor*, 2020, n. 5, p. 636 ss., con nota di S. MARGIOTTA, *Tutela dei disabili, "accomodamenti ragionevoli" e obbligo di "repêchage"*; Cass. 26 ottobre 2018, n. 27243 e Cass. 19 marzo 2018, n. 6798, in *Riv. it. dir. lav.*, 2019, n. 2, p. 145 ss., con nota di M. AIMO, *Inidoneità sopravvenuta alla mansione e licenziamento: l'obbligo di accomodamenti ragionevoli preso sul serio dalla Cassazione*, nonché in *Riv. giur. lav.*, 2019, n. 2, p. 244 ss., con nota di M. SALVAGNI, *Licenziamento per sopravvenuta inidoneità psicofisica: reintegrazione per mancata adozione di accomodamenti ragionevoli e per violazioni del 'repêchage'*.

<sup>82</sup> In favore dell'utilizzo del parametro dell'equilibrio finanziario dell'impresa per temperare il limite dell'utilità sociale ex 41 Cost. cfr. già Corte cost. 5 luglio 1990, n. 316, in *Dir. lav.*, 1990, II, p. 431.

<sup>83</sup> Cfr. Cass. 19 dicembre 2019, n. 34132, cit., che, al punto 18, precisa altresì che la valutazione della proporzionalità e della non eccessività delle misure di adattamento si tiene «sia rispetto all'organizzazione

Va però posto in evidenza come, ad avviso di chi scrive, la posizione degli altri lavoratori non sia un vero e proprio limite all'adozione degli accomodamenti ragionevoli. Perché, delle due l'una: o l'esercizio del potere datoriale nei confronti dei colleghi (ad esempio lo *ius variandi* o il mutamento dell'orario di lavoro) è legittimo in linea generale, sulla base della disciplina di legge e collettiva che regola il rapporto di lavoro, e allora esso è a maggior ragione lecito là dove si tratti di salvaguardare la posizione del disabile attraverso l'adozione di ragionevoli accomodamenti; oppure l'esercizio di quel potere è illegittimo, in base alla disciplina del rapporto, e allora esso non diviene lecito solo perché si tratti di salvaguardare la posizione del collega disabile. A conclusioni differenti si giunge solo se, quando si prende in considerazione la posizione degli altri lavoratori, si intenda fare riferimento non alla posizione dei singoli colleghi, bensì alla più complessiva organizzazione del lavoro all'interno dell'impresa; in tal caso l'obbligo di adottare accomodamenti ragionevoli rimane condizionato al fatto che l'onere connesso all'eventuale riorganizzazione non sia sproporzionato o eccessivo, non per gli altri lavoratori, ma per il datore di lavoro<sup>84</sup>. In conclusione, va osservato come anche più recentemente la giurisprudenza abbia ribadito che l'adozione di accomodamenti ragionevoli va garantita anche là dove «comporti costi aggiuntivi» per l'impresa, da valutarsi tenuto altresì conto della eventuale «ridotta produttività» del lavoratore disabile, e che, per converso tale obbligo viene meno solo se determini un «sacrificio economico sproporzionato del datore di lavoro»<sup>85</sup>.

Pur muovendo dai medesimi presupposti, la Cassazione, con la sentenza n. 6497 del 9 marzo 2021 si è discostata dal precedente indirizzo che aveva applicato congiuntamente (ossia indissolubilmente) i limiti di cui all'art. 3, comma 3-*bis*, l. n. 216/2003, attribuendo alla "ragionevolezza" una valenza distinta e autonoma rispetto dalle valutazioni relative alla proporzionalità dell'onere. In tale prospettiva il criterio della ragionevolezza si misura, quindi, con il rispetto dei principi di buona fede e correttezza che informano il rapporto contrattuale e che, in una prospettiva costituzionalmente orientata, sono illuminati dal principio di solidarietà sociale dell'art. 2 Cost<sup>86</sup>.

Il rispetto delle posizioni dei terzi, pertanto, non costituisce in questo caso un vincolo intangibile, ma esse entrano nella ponderazione (sempre con i limiti sopra evidenziati) con il diritto del lavoratore disabile<sup>87</sup>. In questa prospettiva, la soluzione adottata dall'imprenditore sarà ragionevole, dunque, qualora il «sacrificio» che ne consegua non superi la «tollerabilità considerata accettabile secondo "la comune valutazione sociale"»<sup>88</sup>. Proseguendo su tale

---

aziendale sia con riguardo agli altri lavoratori».

84 In questo senso pare debba leggersi Trib. Roma 3 aprile 2022, in *DeJure*, secondo cui nella valutazione dell'onere conseguente all'adozione dell'accomodamento ragionevole vi può essere una «valutazione comparativa con le posizioni degli altri lavoratori, fermo il limite invalicabile del pregiudizio alle situazioni soggettive di questi ultimi aventi la consistenza di diritti soggettivi». Già in questo senso si era espressa Cass. 9 marzo 2021, n. 6497, cit., punto 5.4.

85 Cass. 13 novembre 2023, n. 31471, in *Guida dir.*, 2023, 48

86 Sul punto non può che rinviarsi a L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 5 ss., il quale osserva che la clausola della buona fede, «nella variante della direttiva di correttezza» è «stata valorizzata come tramite di inserzione nei rapporti intersoggettivi privati di diritti garantiti dalla Costituzione [...] oppure come mezzo di concretizzazione in tali rapporti di una clausola generale costituzionale, ad esempio del principio di uguaglianza (art. 3, comma 1°)». Cfr., nello specifico ambito degli accomodamenti ragionevoli, M. DE FALCO, *L'accomodamento per i lavoratori disabili*, cit., p. 14.

87 Cfr. E. TARQUINI, *Oltre un intangibile confine: principio paritario, ragionevoli accomodamenti e organizzazione dell'impresa*, in *Quest. giust.*, 24 maggio 2021; G. CHINI, *Accomodamenti davvero ragionevoli? Tra tutela antidiscriminatoria del disabile e libera organizzazione dell'impresa*, in *Resp. civ. e prev.*, 2023, n. 5, p. 1668.

88 Cfr. Cass. 9 marzo 2021, n. 6497, cit., punto 5.4.

percorso la giurisprudenza è giunta a sindacare non solo l'*an* dell'accomodamento, bensì persino il *quantum* dello stesso, ritenendo insufficiente l'adibizione a mansioni inferiori in luogo dell'adibizione a mansioni equivalenti, e richiedendo in aggiunta anche l'adattamento dell'organizzazione produttiva<sup>89</sup>.

In buona sostanza, i più recenti arresti giurisprudenziali affermano che gli accomodamenti ragionevoli non conoscono un ostacolo invalicabile nell'intangibilità dell'organizzazione aziendale, la quale, anzi, deve essere ragionevolmente adatta per rispondere alle esigenze della persona disabile.

Si assiste, in un certo senso, a un "capovolgimento" dei termini della questione: il diritto alla salute e all'inserimento lavorativo del disabile, assistito dagli strumenti del diritto antidiscriminatorio, si erge quale limite per certi versi interno della libertà di organizzazione dell'ambiente di lavoro.

Tale orientamento può considerarsi condivisibile a patto che il carattere proporzionato e ragionevole dell'accomodamento venga sempre valutato tenendo conto dei costi non solo economici, ma anche organizzativi che l'accomodamento stesso comporta, misurato alla luce dei criteri indicati dal Considerando 21 della direttiva 2000/78/CE, sopra richiamati<sup>90</sup>.

## **5. Il contenuto negativo del diritto: la conservazione del posto di lavoro.**

Il diritto soggettivo del lavoratore all'accomodamento ragionevole può essere vantato dal lavoratore al sorgere della disabilità e, quindi, in corso di rapporto, al fine di svolgere la propria attività lavorativa in condizioni di parità. Tale diritto impone, inoltre, in capo al datore di lavoro un obbligo a contenuto negativo, che si traduce nell'ulteriore compressione della facoltà di recesso. In altri termini, nell'ordinamento si rinviene una sorta di "divieto di licenziamento" in assenza di adozione da parte del datore di lavoro degli accomodamenti ragionevoli necessari<sup>91</sup>.

La disabilità, come sopra accennato, può intrecciarsi con la nozione di inidoneità del lavoratore alla mansione – che giuridicamente è assimilabile all'impossibilità sopravvenuta della prestazione – e che, in combinato disposto con l'art. 3, l. n. 604/1966, potrebbe legittimare un licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

Senonché, l'applicazione del principio civilistico nel diritto del lavoro incontra un considerevole temperamento, sia in virtù dei limiti che le norme costituzionali appongono alla libertà di iniziativa economica privata (artt. 4 e 41, comma 2 Cost.), sia in virtù del diritto antidiscriminatorio che emerge dall'ordinamento multilivello.

Occorre precisare sin da subito che la limitazione della libertà di licenziamento non giunge mai ad obbligare il datore di lavoro a conservare a qualunque costo l'occupazione del disabile. In tal senso depongono sia l'articolo 23 della Cost., secondo nessuna prestazione assistenziale può essere imposta anche a carico del datore di lavoro se non per legge, sia la direttiva 2000/78/CE là dove, al Considerando 17, chiarisce di non prescrivere «[...] il mantenimento dell'occupazione [...] di un individuo non competente, non capace o non disponibile ad effettuare le funzioni essenziali del lavoro in questione».

È opportuno soffermarsi a questo punto sul rapporto che intercorre tra l'obbligo di *repêchage* e gli accomodamenti ragionevoli. Entrambi, invero, costituiscono una limitazione della libertà di recesso datoriale che trova una sua fonte di giustificazione nel diritto del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro. In tal senso, la corte di Cassazione a

---

<sup>89</sup> Cfr. Trib. Lecco 9 febbraio 2023, cit. Per il medesimo rilievo cfr. M. T. AMBROSIO, *Le soluzioni ragionevoli quali argomenti a favore della tutela antidiscriminatoria*, cit., pp. 1062-1063.

<sup>90</sup> Cfr. *supra*, § 4.1.

<sup>91</sup> Cfr. di recente Trib. Padova 23 febbraio 2023, n. 912, in *DeJure*.

Sezioni Unite<sup>92</sup> ha “sculpto” nell’ordinamento il principio secondo cui il licenziamento per giustificato motivo oggettivo è subordinato alla prova da parte del datore di lavoro della sua «inevitabilità», consistente nel non poter adibire il lavoratore ad altre mansioni, anche inferiori (e future)<sup>93</sup>.

Tale arresto giurisprudenziale è stato positivizzato per quel che attiene alla posizione dei disabili dalla l. n. 68/1999, in ben tre disposizioni: negli artt. 1, comma 7, 3, comma 4 e 10, comma 3<sup>94</sup>.

In particolare, l’art. 1, comma 7 dispone che i datori di lavoro sono tenuti a «garantire la conservazione del posto di lavoro» ai lavoratori divenuti disabili nel corso del rapporto di lavoro per «infortunio sul lavoro o malattia professionale».

La normativa antidiscriminatoria, pertanto, si collega con le disposizioni a tutela del lavoro del disabile, favorendo una lettura congiunta tra obbligo di *repêchage* e accomodamenti ragionevoli, previsti dall’art. 3, comma 3-bis, d. lgs. n. 216/2003.

Invero, gli accomodamenti ragionevoli divengono strumenti di attuazione e rafforzamento dell’obbligo di *repêchage* e, viceversa, le disposizioni della l. n. 68/1999 possono considerarsi «manifestazioni puntuali della regola generale direttamente desumibile dalla norma antidiscriminatoria di cui all’art. 3 del d.lgs. n. 216/2003»<sup>95</sup>. A tal proposito, è stato osservato in dottrina, come l’adozione di accomodamenti ragionevoli sia in grado di condizionare «a monte e strutturalmente il potere di recesso»<sup>96</sup> e che, pertanto, essi si collochino in un momento temporalmente antecedente all’adempimento dell’obbligo di *repêchage*<sup>97</sup>.

La connessione tra *repêchage* e parità di trattamento è ribadita dalla sentenza Cass. n. 6497/2021 che afferma come, analogamente a quanto accade in materia di obbligo di *repêchage*, grava sul datore di lavoro l’onere di allegazione e prova circa l’adempimento dell’obbligo di accomodamento ragionevole, «anch’esso inteso come condizione di legittimità del recesso»<sup>98</sup>. Similmente a quanto si riscontra con riferimento alla ripartizione degli oneri probatori relativi all’assolvimento del *repêchage*<sup>99</sup>, anche in questo caso non è configurabile un obbligo del lavoratore in merito all’individuazione degli accomodamenti ragionevoli possibili<sup>100</sup>. Del resto, una diversa interpretazione sarebbe difficilmente giustificabile anche alla luce del principio di vicinanza della prova, ai sensi dell’art. 24 Cost., dal momento che il lavoratore disabile non è a conoscenza della completezza delle informazioni relative all’organizzazione dell’impresa.

92 Cfr. la già menzionata sentenza del 7 agosto 1998, n. 7755.

93 Cfr. recentemente Cass. 8 maggio 2023, n. 12123, in *lavorosi.it*, per cui il datore di lavoro, nell’adempimento dell’obbligo di ripescaggio deve «prendere in esame anche quelle posizioni lavorative che, pura ancora coperte, si renderanno disponibili in un arco temporale del tutto prossimo alla data in cui viene intimato il recesso. Quando [...] tale circostanza sia ben nota al datore di lavoro».

94 *Supra* § 3.2.

95 Cfr. Trib. Ivrea 24 febbraio 2016, in *osservatoriodiscriminazioni.org*. L’espressione è stata utilizzata anche da S. GIUBBONI, *Il licenziamento per sopravvenuta inidoneità alla mansione dopo la legge Fornero e il Jobs Act*, in *WP C.S.D.L.E. Massimo D’Antona*, 2015, n. 261, p. 12 e ripresa da M. GIOVANNONE, *Il collocamento dei disabili nel mercato del lavoro post-emergenziale: criticità e prospettive*, in *federalismi.it*, 2021, n. 10, p. 111.

96 Vd. S. GIUBBONI, *Disabilità, sopravvenuta inidoneità, licenziamento*, in *Riv. giur. lav.*, 2016, n. 3, p. 637.

97 Cfr. M. GASPARRO, *Ancora sugli accomodamenti ragionevoli*, in *Lavoro e prev. oggi*, 2021, n. 5-6, p. 379.

98 Cfr. Cass. 9 marzo 2021, n. 6497, cit., punto 6.

99 Cfr. Cass. 11 novembre 2022, n. 33341, in *Dir. rel. ind.*, 2023, n. 2, p. 493; Cass. 4 marzo 2021, n. 6084; Cass. 12 febbraio 2020, n. 3475 e Cass. 27 gennaio 2020, n. 1802, entrambe in *DeJure*; in *Guida dir.*, 2020, n. 27, p. 95; Cass. 11 novembre 2019, n. 29099 e n. 29100, entrambe in *DeJure*.

100 Cfr. Trib. Pisa, 16 aprile 2015, in *Foro it.*, 2015, n. 10, I, c. 3336.

### 5.1. Segue. Il regime sanzionatorio nel caso di licenziamento adottato in assenza di adozione di ragionevoli accomodamenti.

Appare opportuno spendere alcune ulteriori considerazioni in merito al regime sanzionatorio applicabile al licenziamento intimato nei confronti del lavoratore disabile senza l'adozione di ragionevoli accomodamenti. A tal fine, occorre rilevare che l'art. 18, comma 7, dispone che in caso di accertamento del «difetto di giustificazione del licenziamento intimato, anche ai sensi degli articoli 4, comma 4, e 10, comma 3, della legge 12 marzo 1999, n. 68, per motivo oggettivo consistente nell'inidoneità fisica o psichica del lavoratore» la tutela sia quella ripristinatoria "attenuata". Viceversa, per i lavoratori assunti a decorrere dal 7 marzo 2015, l'art. 2, comma 4, del d.lgs. n. 23/2015 - in «controtendenza» al «generale allentamento» del regime delle tutele del lavoratore illegittimamente licenziato<sup>101</sup> - sanziona «il difetto di giustificazione per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore, anche ai sensi degli articoli 4, comma 4, e 10, comma 3, della legge 12 marzo 1999, n. 68» con la tutela reintegratoria "piena".

Una prima differenza, che emerge dalla lettera delle due disposizioni, è l'espressa ricomprensione della disabilità solo nell'art. 2, comma 4, d.lgs. n. 23/2015<sup>102</sup>, mentre l'art. 18, comma 7 si riferisce alla condizione di inidoneità alla mansione<sup>103</sup>. Ciò ha sollevato problemi di coordinamento tra il menzionato comma 7 e l'ampia nozione di disabilità, che, come si è argomentato, può intrecciarsi, ma non sempre coincide, con la definizione di inidoneità alla mansione.

Una corretta impostazione della questione impone di rilevare come l'art. 18, comma 7 escluda – del tutto ingiustificatamente – le ipotesi di inidoneità alla mansione dal campo di applicazione del comma 1 della medesima disposizione, che sanziona il licenziamento discriminatorio con la nullità e la conseguente tutela ripristinatoria piena<sup>104</sup>.

In altre parole, l'inidoneità alla mansione appare, nella logica del comma 7, ancora assimilata integralmente alle ipotesi di illegittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, senza valorizzare la valenza autonoma che ricopre la mancata adozione degli accomodamenti ragionevoli, in chiave antidiscriminatoria.

A tale proposito, non si può infatti trascurare che gli accomodamenti ragionevoli, seppure costituiscano uno strumento di "rafforzamento"<sup>105</sup> dell'obbligo di *repêchage* e con esso condividano la finalità della conservazione del posto di lavoro, si pongano come strumenti di recepimento e attuazione della normativa sovranazionale in materia di parità di trattamento<sup>106</sup>.

101 Vd. D. GAROFALO, *Jobs act e disabili*, in *Riv. dir. sicurezza soc.*, 2016, n. 1, p. 111.

102 Cfr. V. BAVARO-S. D'ONGHIA, *Profilo costituzionale del licenziamento nullo*, in *WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona*, 2016, n. 305, p. 11, che evidenziano, relativamente a tale norma, come l'interesse tutelato dall'ordinamento sia riscontrabile «nella dignità del lavoratore disabile».

103 Cfr. sul punto M. PERUZZI, *Diritto antidiscriminatorio e illegittimità del licenziamento per inidoneità psico-fisica: (ri)costruzione di una fattispecie*, in *Lav. dir. eur.*, 2020, n. 2, p. 2 ss.

104 In tal senso cfr. I. BRESCIANI, *Le conseguenze sanzionatorie derivanti dalla violazione dell'obbligo di attuare i ragionevoli accomodamenti, fra licenziamento nullo o ingiustificato*, in *Var. temi dir. lav.*, 2022, n. 2, p. 292 ss.

105 In questi termini vd. S. MAGAGNOLI, *Il licenziamento per disabilità sopravvenuta: i nuovi limiti al potere di recesso datoriale alla luce degli "accomodamenti ragionevoli"*, in *Labor*, 2020, n. 3, p. 355.

106 Vd. ancora l'art. 2 della Convenzione ONU del 2006, secondo cui la «discriminazione fondata sulla disabilità» include «ogni forma di discriminazione, compreso il rifiuto di un accomodamento ragionevole». Cfr. inoltre *ex multis* Corte giust. 10 febbraio 2022, C-485/20, cit., punto 38.

Tale disparità di tutela solleva seri dubbi di legittimità costituzionale in relazione agli artt. 3, 4 e 35 Cost.<sup>107</sup>, in mancanza di un eventuale spazio per un'interpretazione costituzionalmente conforme. Soprattutto se, per valutare la ragionevolezza delle scelte operate dal legislatore con il comma 7 dell'art. 18, si utilizza come parametro l'art. 2, comma 4, d.lgs. n. 23/2015, che viceversa riconosce rispetto alle ipotesi di sopravvenuta disabilità una tutela ripristinatoria piena.

Degna di nota è, a tale riguardo, una condivisibile ricostruzione prospettata in dottrina e basata sull'applicazione della tutela reale piena «ove emerga la discriminatorietà del comportamento datoriale»<sup>108</sup>, relegando l'art. 18, comma 7 ai casi residuali in cui l'inidoneità alla mansione non coincida con la disabilità<sup>109</sup>.

Del resto, qualora il licenziamento sia conseguente alla mancata adozione di un accomodamento ragionevole da parte del datore di lavoro, con tutto il suo portato applicativo della disciplina antidiscriminatoria multilivello, non può che considerarsi discriminatorio<sup>110</sup> e rientrare, dunque, a pieno titolo nell'ipotesi contemplata dall'art. 18, comma 1, Stat. Lav.

## 6. La configurabilità del periodo di comportamento differenziato quale accomodamento ragionevole: gli arresti della giurisprudenza.

La portata espansiva delle tutele del lavoratore disabile si apprezza, in particolare, nelle controverse vicende che hanno interessato la più recente giurisprudenza sul periodo di comportamento.

La questione giuridica, oggetto di decisioni discordanti da parte della giurisprudenza di merito, concerne specificamente la configurabilità di una discriminazione indiretta derivante dalla previsione del medesimo periodo di comportamento tanto per i lavoratori disabili quanto per i lavoratori non affetti da disabilità<sup>111</sup>. La lettera dell'art. 2110, comma 2, c.c. invero, ha

<sup>107</sup> Cfr. I. BRESCIANI, *Le conseguenze sanzionatorie*, cit., pp. 296-297.

<sup>108</sup> Cfr. D. GAROFALO, *La tutela del lavoratore disabile*, cit., p. 1243. In termini di auspicabilità di tale soluzione cfr. O. BONARDI, *L'inidoneità sopravvenuta al lavoro e l'obbligo di adottare soluzioni ragionevoli in una innovativa decisione della Cassazione*, in *Quest. giust.*, 2018, n. 3, p. 106; F. MALZANI, *Inidoneità alla mansione e soluzioni ragionevoli: oltre il repechage*, in *Arg. dir. lav.*, 2020, n. 4, p. 973; B. DE MOZZI, *Sopravenuta inidoneità alle mansioni, disabilità, licenziamento*, in *Lav. dir. eur.*, 2020, n. 2, p. 19, che tuttavia, ritiene che la tutela reale piena debba limitarsi al caso in cui il datore di lavoro rifiutasse l'introduzione di accomodamenti ragionevoli.

<sup>109</sup> Cfr. C. GAROFALO, *Illegittimità del licenziamento del lavoratore disabile. I diversi regimi sanzionatori*, in *Var. temi dir. lav.*, 2022, n. 2, p. 267; G. ROSAMARÌ SIMONCINI, *I limiti al licenziamento del lavoratore disabile. Una proposta interpretativa alla luce del diritto antidiscriminatorio*, in *Labor*, 2021, n. 2, p. 209

<sup>110</sup> La tesi è stata accolta anche in giurisprudenza: cfr. Cass. 13 novembre 2023, n. 31471, in *Guida dir.*, 2023, 48; Trib. Pavia, 29 aprile 2020, in *One Legale*; Trib. Firenze 20 marzo 2020, in *Dir. rel. ind.*, 2021, n. 1, p. 190; Trib. Asti, 23 luglio 2018; Trib. Roma, 8 maggio 2018, entrambe in *Riv. giur. lav.*, 2019, p. 283, con nota di R. BONO, *I limiti al licenziamento del lavoratore disabile a garanzia della parità di trattamento*. Sul fatto che la mancata adozione di accomodamenti ragionevoli costituisca un atto discriminatorio, si vd. anche Trib. Lecco 9 febbraio 2023, cit.

<sup>111</sup> Cfr. per il riconoscimento della natura discriminatoria Corte app. Napoli 17 gennaio 2023, in *Riv. it. dir. lav.*, 2023, n. 2, p. 254 ss., con nota di A. DONINI, *L'applicazione indistinta del periodo di comportamento è discriminatoria se la malattia è riconducibile a disabilità*; Corte app. Genova 21 luglio 2021, in *Boll. Adapt*; Trib. Parma 9 gennaio 2023, in *Labor*, 2023, n. 3, p. 312 ss., con nota di F. RAVELLI, *Licenziamento di lavoratori disabili per superamento del periodo di comportamento e diritto antidiscriminatorio*; Trib. Lecco 26 giugno 2022; Trib. Milano 18 maggio 2022; Trib. Milano 2 maggio 2022; Trib. Mantova 22 settembre 2021; Trib. Pavia 16 marzo 2021, tutte in *Dir. rel. ind.*, 2023, n. 2, p. 445 ss.; Trib. Rovereto 30 novembre 2023 in *Boll. Adapt*; *contra* Corte app. Torino 3 novembre 2021, in *Boll. Adapt*; Corte app. Palermo 14 febbraio 2022, n. 111, in *One Legale*; Trib. Lodi 12 settembre 2022, in *wikilabour.it*; Trib. Bologna 19 maggio 2022, in *Boll. Adapt*; Trib. Vicenza 27 aprile 2022, in

portata generale e non opera una distinzione tra le diverse condizioni patologiche del lavoratore.

Il contrasto è stato ricomposto dall'intervento nomofilattico della Cassazione attraverso la sentenza del 31 marzo 2023, n. 9095. Prendendo le mosse dalle ormai note sentenze HR Danmark del 2013, per cui un lavoratore disabile «corre un rischio maggiore di accumulare giorni di assenza per malattia»<sup>112</sup>, e Ruiz Conejero del 2018 secondo la quale è discriminatoria la normativa «in base alla quale un datore di lavoro può licenziare un lavoratore in ragione di assenze intermittenti dal lavoro, sebbene giustificate»<sup>113</sup>, la Cassazione ha ritenuto che la non applicazione di un periodo di comportamento differenziato nei confronti del lavoratore disabile integri una discriminazione indiretta<sup>114</sup>.

Ne consegue che, a prescindere dalle disposizioni del contratto collettivo, il datore di lavoro deve considerare tra gli accomodamenti ragionevoli da adottare, ai sensi dell'art. 3, comma 3, l. n. 216/2003, la conservazione del posto del lavoratore disabile mediante la predisposizione di un periodo di comportamento specifico e idoneo alla condizione patologica del lavoratore.

Emerge così, anche in questo caso, l'esigenza tutelata dall'ordinamento, di "comprimere" i poteri organizzativi del datore di lavoro e di adeguarli alla natura peculiare del lavoratore disabile, a cui viene garantita, quindi, una «tutela rafforzata»<sup>115</sup>.

A fronte di questo orientamento, va ricordato come parte della giurisprudenza aveva ritenuto, viceversa, legittime le disposizioni dei contratti collettivi – abilitati a regolare la materia – che non differenziano il periodo di comportamento tra disabili e altri lavoratori. Queste pronunce hanno evidenziato come l'adozione di un simile accomodamento ragionevole rischierebbe di esporre il datore di lavoro «a tempo indefinito»<sup>116</sup> alle conseguenze delle assenze del lavoratore sull'organizzazione aziendale, risolvendosi in un onere sproporzionato<sup>117</sup>. In altri termini, nell'escludere che la nozione sovranazionale di disabilità preveda una «tutela assoluta»<sup>118</sup> per il lavoratore, le predette sentenze ritengono che un periodo di comportamento differenziato non terrebbe conto dell'interesse del datore di lavoro a garantirsi una prestazione utile per la propria attività.

Se l'orientamento recentemente accolto dalla Cassazione appare condivisibile giacché l'applicazione di un periodo di comportamento unico genera una evidente discriminazione a danno dei disabili, resta aperto il problema qualora il contratto collettivo non preveda

*Riv. it. dir. lav.*, 2022, n. 4, II, p. 578; Trib. Venezia 7 dicembre 2021, in *Labor*, 27 giugno 2022, con nota di F. AVANZI, *Il licenziamento discriminatorio per superamento del "comporto": la nozione di handicap e la "conoscenza" del datore di lavoro*. In dottrina, per una ricostruzione dei più recenti arresti giurisprudenziali, vd. M.G. GRECO, *Il licenziamento per superamento del periodo di comportamento del lavoratore disabile*, in *Var. temi dir. lav.*, 2024, fascicolo straordinario, pp. 69 ss.; I. ZAMPIERI, *La tutela antidiscriminatoria: dal lavoratore come contraente debole al lavoratore come persona umana*, in *Var. tem. dir. lav.*, 2024, fascicolo straordinario, pp. 45 ss.

112 Vd. Corte giust. 11 aprile 2013, C-335/11 e C-337/11, cit., punto 76.

113 Corte giust. 18 gennaio 2018, C-270/16, punto 57, in *DeJure*.

114 Cfr. Cass. 31 marzo 2023, n. 9095, in *Riv. it. dir. lav.*, 2023, n. 2, II, p. 238 nonché da ultimo Cass. 21 dicembre 2023, n. 35747, in *DeJure*. La decisione si inserisce nel solco già tracciato da parte giurisprudenza di merito che ha finanche sostenuto l'insufficienza dell'allungamento del periodo di comportamento, ritenendo, invero, necessario lo scomputo dei giorni di malattia dovuti alla disabilità perché possa considerarsi non discriminatoria la previsione. In questo senso cfr. Trib. Lecco, 26 giugno 2022, cit.

115 Così M. SALVAGNI, *Il "prisma" delle soluzioni giurisprudenziali in tema di licenziamento del disabile per superamento del comportamento: discriminazione indiretta, clausole contrattuali nulle, onere della prova e accomodamenti ragionevoli*, in *Lavoro e prev. oggi*, 2023, n. 3-4, p. 242

116 Vd. Corte app. Torino 3 novembre 2021, cit.

117 Vd. Trib. Lodi 12 settembre 2022, cit.

118 Vd. Trib. Venezia 7 dicembre 2021, cit.

comporti differenziati. Difatti, una volta che si ammette – come fa la Cassazione – che in tal caso sia il datore di lavoro a dover garantire la diversa entità del periodo di comportamento in favore del disabile, non è del tutto chiaro se vi sia o meno un limite di ragionevolezza del periodo di comportamento in eccesso, decorso il quale il datore di lavoro possa recedere dal rapporto. In tal caso, ai sensi dell'art. 2110, comma 2, c.c. alla fissazione del periodo di comportamento per i disabili dovrebbero contribuire, più che la volontà individuale delle parti<sup>119</sup>, gli usi, ammesso che esistano, oppure, in difetto, il giudice, che provvede a determinarlo in via equitativa<sup>120</sup>.

A ben guardare, inoltre, sembra corretto ritenere che anche questa tipologia di accomodamento debba essere assoggettata al rispetto dei medesimi parametri di ragionevolezza e proporzionalità che limitano, in generale, l'adozione degli accomodamenti ragionevoli. Tuttavia, non può negarsi che anche in questo caso residui un margine di incertezza sull'entità di tale comportamento supplementare e, di conseguenza, sull'eventuale legittimità del licenziamento che dovesse essere intimato dopo il decorso di un periodo ulteriore rispetto al comportamento ordinario.

## 7. Sugli eventuali oneri di preventivo accertamento o conoscenza della condizione di disabilità.

Si pone, inoltre, la questione degli effetti attribuibili alla reticenza del lavoratore nel comunicare al datore di lavoro la propria condizione di disabilità, qualora questa non sia manifesta.

Proprio in considerazione dei rischi è sorto un contrasto in giurisprudenza circa la necessità o meno, affinché si inveri l'obbligo di adottare accomodamenti ragionevoli, che la disabilità sia stata preventivamente accertata dagli organi competenti o quantomeno certificata.

Ci si chiede quindi se in questi casi l'inadempimento dell'obbligo di adottare l'accomodamento ragionevole operi oggettivamente o richieda la consapevolezza del datore di lavoro che l'assenza sia determinata dalla malattia durevole.

La Corte di legittimità si è espressa in favore dell'irrelevanza della conoscenza o della conoscibilità del motivo delle assenze del lavoratore, sul presupposto che «la discriminazione opera in modo oggettivo»<sup>121</sup>. Tale conclusione non è accolta unanimemente dalla giurisprudenza di merito, che ha sostenuto la configurabilità di un obbligo di cooperazione del lavoratore, nel rispetto dei canoni di buona fede e correttezza<sup>122</sup>, rafforzato

<sup>119</sup> La quale, come è noto, si è appropriata di uno spazio sempre più ampio anche nel diritto del lavoro, stante la progressiva “decolonizzazione” dei territori occupati tradizionalmente dalla norma inderogabile, cfr., senza pretesa di completezza, A. ZOPPOLI, *Il declino dell'inderogabilità?* in *Dir. lav. merc.*, 2013, n. 1, p. 53 ss.; S. BELLOMO, *Giuseppe Santoro-Passarelli, l'inderogabilità e l'importanza del contesto*, in *Giuseppe Santoro-Passarelli Giurista della contemporaneità: Liber Amicorum*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 527 ss. Recentemente cfr. M. MAGNANI, *Diritto del lavoro e diritto civile tra norme imperative e autonomia contrattuale. One size fits all?*, in *WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona*, 2023, n. 475, p. 1 ss., nonché D. CALDERARA, *Gli spazi di emersione dell'autonomia individuale nella disciplina legale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2023, n. 3, p. 79 ss.;

<sup>120</sup> Secondo un principio costantemente ribadito in giurisprudenza, cfr. Cass. 13 giugno 2023, n.16719, Cass. 12 dicembre 2022, n. 36188; Trib. Roma 18 maggio 2020, tutte in *DeJure*.

<sup>121</sup> Cfr. Cass. 21 dicembre 2023, n. 35747, in *DeJure*; Cass. 31 marzo 2023, n. 9095, cit., punto 29. Cfr. tuttavia in dottrina V. FILÌ, *Superamento del comportamento di malattia e rischio di discriminazione indiretta per disabilità*, in *Giur. it.*, 2023, n. 10, p. 2150, che rileva come tale soluzione addosserebbe al datore di lavoro «responsabilità e un costo sproporzionati».

<sup>122</sup> Cfr. Trib. Vicenza 27 aprile 2022, cit., secondo cui essendo posto in capo al datore di lavoro un obbligo positivo (di fare) di fornire accomodamenti ragionevoli, la natura oggettiva della discriminazione non sarebbe

dalla possibilità con il d.m. del 18 aprile 2012 di «indicare nei certificati barrando la corrispondente casella se l'assenza dal lavoro sia uno stato patologico connesso alla situazione di invalidità riconosciuta»<sup>123</sup>. In mancanza della comunicazione che l'assenza sia dovuta alla condizione di disabilità, infatti, il datore di lavoro non avrebbe neppure le conoscenze idonee per attuare una soluzione ragionevole "a misura" del lavoratore. E l'eventuale adozione di una soluzione astratta – basata eventualmente su mere supposizioni arbitrarie del datore di lavoro<sup>124</sup> – colliderebbe con la stretta attinenza dell'accomodamento ragionevole alle «circostanze del caso concreto»<sup>125</sup>.

Tuttavia, se per un verso, il preventivo accertamento, certificazione e comunicazione della disabilità soddisfa primarie esigenze di certezza del diritto, sino a potersi ipotizzare una sua iscrizione nell'alveo dei doveri di correttezza e buona fede contrattuale, per altro verso esso rischia di porsi in contrasto con i principi fondamentali che governano la materia. Difatti, tale impostazione, oltre a scontrarsi potenzialmente con la stessa nozione bio-psico-sociale, di matrice euro-unitaria, non sembra tenere conto del carattere oggettivo delle discriminazioni che rilevano a prescindere dalla volontarietà e per il solo dato oggettivo della sussistenza della menomazione duratura<sup>126</sup>.

Del resto, se lo scopo primario dell'ordinamento multilivello è quello di tutelare gli interessi della persona disabile, proteggendola rispetto ad atti discriminatori e consentendole di conservare "ragionevolmente" l'occupazione, sarebbe ben singolare far dipendere tale tutela non dalla condizione oggettiva di disabilità, bensì da oneri secondari, di natura meramente certificatoria.

Su un piano diverso si pone invece la possibilità di ritenere che il comportamento incolpevole del datore di lavoro (che abbia, ad esempio, licenziato il lavoratore disabile essendo all'oscuro della condizione di disabilità) possa rilevare in sede processuale, in termini di esonero dalla condanna alle spese<sup>127</sup>. Ferma restando la possibilità – e verrebbe da

---

comunque idonea a considerare irrilevante la conoscenza da parte del datore di lavoro della situazione di disabilità, che costituisce dunque una preconditione necessaria.

123 Vd. Corte app. Torino 3 novembre 2021, cit.

124 Cfr. sul punto E. DAGNINO, *Comporto, disabilità e "disclosure": note a margine di una "querelle" giurisprudenziale*, in *Arg. dir. lav.*, 2023, n. 1, p. 254, che riconosce come «l'esigenza di differenziare il trattamento in ragione della disabilità comporta un ineludibile margine di incertezza applicativa».

125 Richieste invece da Cass. 9 marzo 2021, n. 6497, cit., punto 5.1.

126 Cfr. Cass. 21 dicembre 2023, n. 35747, cit.; Cass. 31 marzo 2023, n. 9095, cit., punto 29, che ribadisce che «la discriminazione opera in modo oggettivo ed è irrilevante l'intento soggettivo dell'autore». Sul carattere oggettivo della nozione di discriminazione cfr. anche Cass. 5 aprile 2016, n. 6575, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, n. 3, pp. 714 ss., con nota di M.T. CARINCI, *Il licenziamento discriminatorio alla luce della disciplina nazionale: nozioni e distinzioni*. Si vd. pure Corte app. Milano 1° dicembre 2022, in *wikilabour.it*, secondo cui non sarebbe decisivo il fatto che il datore di lavoro non conoscesse il motivo delle assenze del lavoratore poiché «la discriminazione rileva oggettivamente, sicché è del tutto ininfluenza, ai fini del riconoscimento della discriminatorietà di un atto, l'intento soggettivo dell'agente».

127 Quanto alla misura del risarcimento del danno riconosciuto in favore del lavoratore in giudizio, trattandosi di licenziamento discriminatorio, soggetto alla reintegrazione piena, non rilevano chiaramente i criteri fissati dall'art. 8 della l. n. 604/1966, che impongono espressamente di tener conto, nel determinare la misura dell'indennità risarcitoria, del comportamento delle parti. Come è noto, inoltre, l'art. 18, comma 3, Stat. Lav., *post* Fornero, e l'art. 2, comma 2, d.lgs. n. 23/2015 nel definire la misura del risarcimento del danno prevedono che si debba tener conto ormai del solo *aliunde perceptum*. Tuttavia, una qualche sentenza aveva ammesso la deducibilità anche dell'*aliunde percipiendum* nonostante la nuova disciplina, cfr. App. Brescia 2 febbraio 2023, in *Lavoro e prev. oggi*, news del 14 febbraio 2023. Del resto, la Cassazione (Cass. 23 febbraio 2023, n. 5601, in *DeJure*), pur pronunciandosi sul testo *pre* Fornero, aveva astrattamente chiarito come sia sempre possibile che il datore di lavoro provi la «sussistenza di un fatto colposo del lavoratore in relazione al danno che il medesimo avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza». Il che forse avrebbe potuto rilevare in questo caso giacché il

dire l'opportunità – che il legislatore introduca, proprio per venire incontro alle esigenze di certezza giuridica prospettate, la necessità che l'impugnazione del licenziamento in sede giudiziale sia preceduta, a pena di improcedibilità, e nei medesimi termini decadenziali, da un accertamento della disabilità in sede amministrativa, o da un accertamento tecnico preventivo (per certi versi sul modello di quanto previsto in ambito previdenziale dagli artt. 443 e 445-bis c.p.c.). Con la concessione della facoltà al datore di lavoro, una volta conosciuti gli esiti dell'accertamento, di revocare il licenziamento intimato, ferme restando eventuali indennità risarcitorie.

Va inoltre tenuto conto che già oggi l'art. 41, comma 9, d.lgs. n. 81/2008 prevede che il giudizio del medico competente che abbia eventualmente dichiarato l'inidoneità alla mansione del lavoratore disabile<sup>128</sup> vada impugnato entro 30 giorni presso la Commissione medica provinciale appositamente istituita. Ma la giurisprudenza ha sempre ritenuto che la mancata impugnazione del giudizio espresso dal medico da parte del lavoratore non impedisca a quest'ultimo di rivolgersi comunque al giudice per contestare l'atto datoriale adottato sulla base di quel giudizio<sup>129</sup>. A maggior ragione la facoltà di agire in giudizio è riconosciuta se il lavoratore abbia anche impugnato il giudizio espresso dal medico dinanzi la Commissione provinciale nei termini di legge ottenendo un provvedimento sfavorevole<sup>130</sup>.

### **8. Gli accomodamenti ragionevoli nell'ottica di tutela dell'integrità psicofisica.**

La disabilità è una condizione del lavoratore che si intreccia con il sistema normativo di tutela dell'integrità psicofisica dei lavoratori, compreso il disabile. L'art. 2087 c.c. in combinato disposto con il d.lgs. n. 81/2008, a tal proposito, obbliga il datore di lavoro a valutare «tutti i rischi per la sicurezza e la salute dei lavoratori, ivi compresi quelli riguardanti gruppi di lavoratori esposti a rischi particolari»<sup>131</sup>, nonché a ripartire il lavoro e ad affidare gli incarichi, tenendo conto «delle capacità e delle condizioni degli stessi in rapporto alla loro salute e alla sicurezza»<sup>132</sup>. La disabilità del lavoratore, quindi, impone al

---

lavoratore, tenendo un diverso comportamento (ossia esplicitando la propria condizione di disabile), avrebbe potuto conservare l'occupazione. La Cassazione, però, si è espressa *contra* la deducibilità dell'*aliunde percipiendum* alla luce del nuovo testo dell'art. 18, comma 1, Stat. Lav., cfr. Cass. 19 gennaio 2023, n. 1602, in *DeJure*.

128 Su cui vedi § 3.2.

129 Cass. 21 marzo 2022, n. 9158, in *Riv. it. dir. lav.*, 2022, n. 4, p. 615 ss., con nota di R. DIAMANTI, *Il licenziamento per inidoneità sopravvenuta tra ripescaggio, accomodamenti ragionevoli e scelte organizzative aziendali*; Cass. 10 ottobre 2013, n. 23068; Cass. 6 maggio 2011, n. 10018, entrambe in *One Legale*; Cass. 4 aprile 1997, n. 2953, in *Riv. it. dir. lav.*, 1997, p. 779 ss., con nota di L. ANGELINI, *La lavoratrice madre alle prese con la sua "essenziale funzione familiare": il caso dell'assenza dal lavoro per malattia del figlio con meno di tre anni*; Corte app. Bari 15 luglio 2003, in *Gius.*, 2004, n. 2, 268. Onere di impugnativa del giudizio del medico che non grava evidentemente neanche sul datore di lavoro, cfr. Cass. 13 novembre 2023, n. 31471, in *Guida dir.*, 2023, 48.

Del resto, già Corte cost. 23 dicembre 1998, n. 420, in *Dir. rel. ind.*, 1999, p. 380 ss., con nota di M. GOLFERINI, *Rilevanza dell'assenza di colpa del datore di lavoro in ipotesi di risarcimento del danno conseguente a licenziamento illegittimo*, aveva ritenuto che la dichiarazione di inidoneità fisica in esito alle procedure di cui all'art. 5 Stat. Lav. non ha carattere di definitività, potendo il giudice pervenire a diverse conclusioni sulla base di una c.t.u. Così anche più di recente Cass. 17 giugno 2015, n.12489, in *DeJure*. Nonché Cass. 16 gennaio 2020, n. 822; Cass. 4 settembre 2018, n.21620; Cass. 25 luglio 2011, n. 16195; Cass. 8 febbraio 2008, n. 3095, Cass. 20 maggio 2002, n. 7311, tutte in *DeJure*, che hanno affermato il medesimo principio in relazione alla speciale disciplina di verifica della idoneità alla mansione vigente nel settore autoferrotranviario.

130 Cfr. Trib. Milano 6 luglio 2018, in *olympus.uniurb.it*.

131 Art. 28, comma 1, d.lgs. n. 81/2008. Cfr. In dottrina sul tema A. STOLFA, *La valutazione dei rischi*, in *WP Olympus*, 2014, n. 36, p. 1 ss.

132 Art. 18, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 81/2008.

datore di lavoro di conformare l'organizzazione aziendale per consentirgli di svolgere la prestazione lavorativa in sicurezza, adottando le misure di sicurezza necessarie<sup>133</sup>.

Il carattere "dinamico" e atipico dell'obbligo di sicurezza *ex art. 2087 c.c.*<sup>134</sup> permette, quindi, un adattamento dell'organizzazione d'impresa alla condizione del disabile, che procede contiguamente con il concetto evolutivo di disabilità<sup>135</sup>.

Se con la disabilità è parimenti accertata l'inidoneità del lavoratore alla mansione, trova applicazione, come detto, la tutela dell'art. 42, d.lgs. n. 81/2008, che, generalizzando l'obbligo di *repêchage*, impone al datore di lavoro di adibire «ove possibile» il lavoratore a «mansioni equivalenti o, in difetto, a mansioni inferiori garantendo il trattamento corrispondente alle mansioni di provenienza».

Inoltre, le amministrazioni pubbliche dovranno affidarsi nell'individuazione delle misure organizzative più idonee al *disability manager*, che, ai sensi dell'art. 39-ter del d.lgs. n. 165/2001, deve essere nominato<sup>136</sup> tra i dirigenti di ruolo ovvero tra gli altri dipendenti, possibilmente dotati di esperienza sui temi dell'inclusione sociale e dell'accessibilità delle persone con disabilità<sup>137</sup>, al fine di garantire un'efficace integrazione nell'ambiente di lavoro delle persone con disabilità<sup>138</sup>.

Il *disability manager*, si occupa dell'inserimento mirato dei disabili, predisponendo, sentito il medico competente della propria amministrazione, gli accorgimenti organizzativi e

133 Nella valutazione dei rischi svolge un ruolo di rilievo il medico competente, che effettua la sorveglianza sanitaria, ai sensi dell'art. 41, d.lgs. n. 81/2008, controllando periodicamente la salute del lavoratore. Cfr. sul tema C. LAZZARI, *L'organizzazione del sistema aziendale di prevenzione: soggetti ed obblighi tecnici*, in *WP Olympus*, 2014, n. 30, p. 31 ss.

134 Sulle caratteristiche dell'obbligo generale di sicurezza si vd. P. ALBI, *Adempimento dell'obbligo di sicurezza e tutela della persona. Art. 2087*, in F. D. BUSNELLI (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, Giuffrè, 2008; nonché di recente A. DELOGU, *La funzione dell'obbligo generale di sicurezza sul lavoro. Prima, durante e dopo la pandemia: principi e limiti*, Aras Edizioni, Fano, 2022.

135 Si veda sul tema anche P. PASCUCCI, *L'emersione della fragilità nei meandri della normativa pandemica: nuove sfide per il sistema di prevenzione?*, in *Riv. dir. sicurezza soc.*, 2023, n. 4, p. 704, secondo il quale «[...] l'ottica degli accomodamenti ragionevoli dovrebbe essere considerata fin dalla stessa originaria predisposizione dell'organizzazione aziendale, la quale, in una più effettiva logica prevenzionistica che consideri tutti i rischi, compresi quelli di discriminazione dei soggetti fragili, dovrebbe essere concepita quanto più possibile in modo «elastico» al fine di potersi più facilmente adattare alle esigenze di accoglienza e inclusione che via via emergano».

136 Originariamente era previsto che il *disability manager* dovesse essere nominato solo dalle amministrazioni pubbliche con più di duecento dipendenti. Invece, all'esito della modifica del comma 1, dell'art. 39-ter, d.lgs. n. 165/2001, operata dall'art. 6, comma 1, lett. a), del d.lgs. 13 dicembre 2023, n. 222, il limite dimensionale è stato eliminato e dunque tale figura deve essere nominata in tutte le amministrazioni pubbliche. Va ricordato inoltre che l'art. 39-ter, è stato introdotto all'art. 6, comma 1, lett. a), del d.lgs. 25 maggio 2017, n. 75 (in attuazione del criterio direttivo contenuto nell'art. 17, comma 1, lett. z) della legge-delega n. 124/2015). Nel settore pubblico, peraltro, l'art. 39-bis, comma 2, lett. d), del d.lgs. n. 165/2001, prevede che la Consulta nazionale per l'integrazione in ambiente di lavoro delle persone con disabilità, istituita presso il Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei ministri, ha, tra i vari compiti, quello di prevedere interventi straordinari per l'adozione degli accomodamenti ragionevoli nei luoghi di lavoro. Anche tale norma è stata introdotta dall'art. 6, comma 1, lett. a), del d.lgs. 25 maggio 2017, n. 75 (in attuazione del criterio direttivo contenuto nell'art. 17, comma 1, lett. n) della legge-delega n. 124/2015). Sui criteri direttivi della legge-delega n. 124/2015 e più in generale sugli interventi in materia di disabilità operati dal *Jobs Act*, cfr. D. GAROFALO, *Jobs act e disabili*, cit., pp. 96-97.

137 Cfr. comma 1-bis, dell'art. 39-ter, del d.lgs. n. 165/2001, che è stato inserito dall'art. 6, comma 1, lettera b), del d.lgs. 13 dicembre 2023, n. 222.

138 Sulla figura del *disability manager*, cfr. F. MALZANI, *Benessere e sicurezza dei lavoratori: oltre la disabilità*, in *Var. temi dir. lav.*, 2020, n. 4, pp. 976-977; S. BRUZZONE, *Il Disability Management come approccio inclusivo, oltre la gestione delle risorse umane*, in *WP Adapt*, 2017, n. 8, p. 6 ss.

proponendo, ove necessario, le soluzioni tecnologiche per facilitare l'integrazione al lavoro anche ai fini dei necessari accomodamenti ragionevoli (art. 39-ter, comma 2, lett. b, d.lgs. n. 165/2001)<sup>139</sup>.

A ben vedere, il bilanciamento valoriale sotteso all'adozione degli accomodanti ragionevoli non coincide con il sistema posto a tutela dell'integrità psicofisica del lavoratore. Il controllo di "ragionevolezza" sulle soluzioni in favore del lavoratore disabile, invero, non è riproducibile per le misure prevenzionistiche, che sono individuabili entro i soli limiti della particolarità del lavoro, dell'esperienza e della tecnica dell'art. 2087 cc., poi mutuati nell'art. 2, comma 1, lett. n), d.lgs. n. 81/2008<sup>140</sup>.

Peraltro, gli adempimenti del datore di lavoro per tutelare la salute del lavoratore a differenza degli accomodamenti ragionevoli sono sottratti a una valutazione in termini di "proporzionalità", "ragionevolezza" ed "economicità" dell'onere, giacché come precisa la direttiva quadro 89/391/CEE «il miglioramento della sicurezza, dell'igiene e della salute dei lavoratori durante il lavoro rappresenta un obiettivo che non può dipendere da considerazioni di carattere puramente economico»<sup>141</sup>.

In altre parole, se la libertà di iniziativa economica privata, si contempera, senza soccombere, con il diritto del disabile alla conservazione del posto di lavoro *ex art. 4 Cost.*, la stessa trova un limite nel diritto alla salute del lavoratore stesso, in un bilanciamento "ineguale" tra i due diritti. Un'indicazione in questo senso è fornita dallo stesso art. 41, comma 2, Cost., che afferma come l'iniziativa economica privata non possa svolgersi in modo da recare danno alla salute<sup>142</sup>.

Sicché, qualora la misura di inclusione si rivelasse necessaria per impedire una lesione della salute del lavoratore a seguito della valutazione dei rischi, sembra potersi ritenere che questa vada comunque adottata, e non possa essere assoggettata ai limiti di proporzionalità e ragionevolezza tipici dei meri accomodamenti ragionevoli. Diversamente ragionando, si giungerebbe alla paradossale conclusione per cui l'ordinamento attribuirebbe alla condizione di disabilità un trattamento deteriore rispetto agli altri lavoratori destinatari delle misure di sicurezza *ex art. 2087 c.c.*

## 9. Conclusioni.

L'analisi sin qui condotta conferma il carattere multiforme del «prisma»<sup>143</sup> di tutele riconosciute nell'ordinamento multilivello al lavoratore disabile che implica un ripensamento o, almeno, un aggiornamento degli stessi confini della libertà di iniziativa economica privata, con particolare riferimento ai limiti di legittimità dell'esercizio dei poteri datoriali. Invero, se la tutela del lavoratore disabile, in un primo momento, è rimasta confinata nell'ambito del diritto antidiscriminatorio, seppur con "sfumature" sempre più innovative, nel passaggio graduale che si è avuto da una tutela meramente assistenzialistica

<sup>139</sup> Cfr. art. 3, lett. b), dir. min. Pubbl. Amm., 2019, n. 1.

<sup>140</sup> Si consenta un rinvio ad A. DELOGU, voce *Salute e sicurezza sul lavoro*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, 2017, p. 438.

<sup>141</sup> Cfr. Considerando 14, dir. 89/391/CEE. E non a caso l'art. 26, d.lgs. n. 81/2008 prevede che i costi della sicurezza debbono essere espressamente indicati a pena di nullità nel contratto di appalto, e nel sistema degli appalti pubblici non sono soggetti a ribasso.

<sup>142</sup> Così S. D'ASCOLA, *Il ragionevole adattamento nell'ordinamento comunitario*, cit., pp. 205-206; L. TORSELLO, *I ragionevoli accomodamenti per il lavoratore disabile nella valutazione del Centro per l'impiego*, in *Var. temi dir. lav.*, 2022, n. 2, pp. 229-230. Cfr. tra i primi commenti alla recente modifica costituzionale L. CASSETTI, *Riformare l'art. 41 della Costituzione: alla ricerca di "nuovi" equilibri tra iniziativa economica privata e ambiente?* in *federalismi.it*, 2022, n. 4, p. 188 ss.

<sup>143</sup> Vd. D. GAROFALO, *La tutela del lavoratore disabile*, cit., p. 1224.

a una proiettata alle azioni positive, tese alla piena partecipazione del lavoratore alla vita civile, essa si va consolidando sempre più come una tutela ad espansione trasversale.

In tal senso, l'inclusione lavorativa del disabile, attraverso l'adozione di accomodamenti ragionevoli, rappresenta un banco di prova assai denso di sviluppi, poiché la necessaria tutela da garantire in termini oggettivi al soggetto affetto da disabilità, implica non solo l'adozione di azioni positive, volte a garantire sostanzialmente il principio di uguaglianza, ma incide direttamente anche sull'organizzazione del lavoro, riducendone vieppiù il tradizionale spazio di intangibilità.

La necessaria adozione degli accomodamenti ragionevoli sconta una serie di margini di incertezza che si appuntano essenzialmente su tre profili.

Anzitutto la nozione di disabilità che si situa a monte dell'obbligo di adozione dei ragionevoli accomodamenti, definendone il campo applicativo, a seconda della sua estensione.

Sul punto, va considerato che la nozione di disabilità che ci viene restituita dall'ordinamento multilivello, e che dovrebbe venire finalmente accolta anche dal legislatore nazionale con l'annunciato schema di decreto legislativo approvato il 3 novembre 2023, è una nozione assai ampia ed elastica. Una nozione non più biomedica, ma di carattere bio-psico-sociale, che facendo rilevare non solo le menomazioni del disabile ma anche le ulteriori barriere di varia natura che si frappongono al suo pieno inserimento, lascia dietro di sé possibili margini di incertezza applicativa. Soprattutto perché la disabilità così intesa rileva in senso oggettivo, a prescindere da un suo preventivo accertamento, certificazione e comunicazione, potendo sempre essere accertata in giudizio dal giudice. Di conseguenza il datore di lavoro, a prescindere dai casi in cui vi sia un suo comportamento colpevole, giustamente sanzionabile, potrebbe trovarsi esposto a possibili accertamenti *ex post* della disabilità che rendano invalidi gli atti precedentemente adottati, anche in assoluta buona fede, con tutte le conseguenze in termini risarcitori e di tutela reale che ne possono conseguire.

In secondo luogo, anche la nozione di accomodamento ragionevole è indefinita ed elastica, potendo ricomprendere al suo interno qualsiasi forma di accorgimento non solo tecnico, ma anche organizzativo, nominato o innominato, tipico o atipico, che si renda necessario a garantire il pieno inserimento del disabile. Non a caso la giurisprudenza ha ritenuto che anche la garanzia di un periodo di comportamento differenziato per il disabile possa essere ritenuto un ragionevole accomodamento, aprendo però un ulteriore fronte di incertezza là dove il contratto collettivo non si premuri di definire esso stesso il doppio regime del periodo di comportamento.

In terzo luogo, gli stessi limiti che dovrebbero presiedere all'adozione degli accomodamenti ragionevoli, in termini di natura non sproporzionata o eccessiva dell'onere imposto al datore di lavoro, sono formulati in termini generali e lasciano dunque ampio margine discrezionale all'interprete. Il quale dovrà certo tener conto delle condizioni organizzative e finanziarie dell'impresa, ma il margine entro cui queste potranno rilevare in concreto, oltre ad essere valutato caso per caso, è rimesso largamente alla sensibilità dell'interprete medesimo.

Infine, anche la questione del regime sanzionatorio conseguente alla illegittimità del licenziamento pone senz'altro alcuni problemi interpretativi, soprattutto per la disparità di trattamento che si rinviene tra l'art. 18, comma 7, Stat. Lav. e l'art. 2, comma 4, del d.lgs. n. 23/2015. Ma queste difficoltà possono essere appianate là dove si consideri che il licenziamento conseguente alla mancata adozione di un accomodamento ragionevole integra senz'altro un atto discriminatorio, non garantendo una misura tesa ad assicurare la parità di

trattamento al lavoratore disabile, e pertanto deve essere soggetto, comunque, al regime sanzionatorio riservato al licenziamento discriminatorio.

In buona sostanza, il quadro che emerge è ancora un quadro contrassegnato da incertezze, soprattutto di carattere applicativo. Bene farebbe dunque il legislatore, come del resto ha già iniziato a fare con gli schemi di decreto legislativo approvati il 3 novembre 2023, ad intervenire sulla materia, adottando anch'esso alcune "soluzioni ragionevoli" che, ferma restando la piena garanzia della tutela del lavoratore disabile, la quale deve continuare a rilevare in senso oggettivo, provi a ridurre, nel senso indicato in questo contributo, proprio quegli elementi di incertezza applicativa che ancora residuano.