



Diretta da ENRICO GRAGNOLI

2-2022

Variazioni su Temi di Diritto del Lavoro



G. Giappichelli Editore – Torino

Rivista trimestrale - II - 2022

www.dirittoalavorovariazioni.com

Variazioni su Temi di Diritto del Lavoro

Diretta da ENRICO GRAGNOLI

2-2022



G. Giappichelli Editore – Torino

Direttore responsabile: Enrico Gragnoli

Direzione e Redazione

email: greco.vtdl@libero.it

www.dirittolavorovariazioni.com

© Copyright 2022 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

EISSN 2499-4650

Publicato on-line nel mese di giugno 2022
presso la G. Giappichelli Editore – Torino

Vice direttori della rivista

Guido Canavesi – Antonio Di Stasi – Antonello Oliveri

Comitato di direzione

José Antonio Fernandez Avilés – Emilio Balletti – Vincenzo Bavaro – Franca Borgogelli – Alessandro Boscati – Stefano Brusati – Piera Campanella – Carlo Cester – Maurizio Del Conte – Madia D’Onghia – Loredana Ferluga – Valeria Fili – Alessandro Garilli – Maria Giovanna Greco – Andrea Lassandari – Fiorella Lunardon – Angela Marciànò – Luigi Menghini – Michele Miscione – Antonella Occhino – Alberto Pizzoferrato – Maurizio Ricci – Antonio Vallebona – Carlo Zoli – Antonello Zoppoli

Comitato di redazione

Maria Giovanna Greco (*direttrice del comitato di redazione*) – Mirko Altimari – Lucia Bello – Ilaria Bresciani – Ilaria Cairo – Francesco Capparelli – Stefano Corso – Massimo Cundari – Lorenzo Maria Dentici – Rossana Detomi – Cristina Marani – Martino Matarese – Fabio Pantano – Susanna Palladini – Nicolò Rossi – Marta Selicorni – Luigi Sposato – Caterina Timellini – Laura Torsello – Ester Villa – Luca Zaccarelli – Valentina Zaccarelli

Segreteria di redazione

Leonida Gragnoli

Comitato di valutazione

Luigi Angiello – Francesco Basenghi – Alessandro Bellavista – Stefano Bellomo – Marco Biasi – Paola Bozzao – Marina Brollo – Luca Calcaterra – Guido Canavesi – Davide Casale – Matteo Corti – Luigi De Angelis – Michele De Luca – Marco Esposito – Vincenzo Ferrante – Maria Dolores Ferrara – Gabriele Franza – Marco Ferraresi – Lorenzo Gaeta – Donata Gottardi – Renato Greco – Fausta Guarriello – Stella Laforgia – Chiara Lazzari – Stefano Liebman – Mariella Magnani – Sandro Mainardi – Valerio Maio – Massimiliano Marinelli – Oronzo Mazzotta – Roberta Nunin – Paola Olivelli – Antonello Olivieri – Roberto Romei – Riccardo Salomone – Francesco Santoni – Alessandra Sartori – Valerio Speciale – Adriana Topo – Paolo Tosi – Armando Tursi – Roberto Voza – Anna Zilli

Norme di autodisciplina

1. La valutazione dei contributi inviati per la pubblicazione, sia su iniziativa degli Autori, sia in quanto richiesti dal Comitato di direzione, è affidata a due membri del Comitato per la valutazione scientifica scelti a rotazione.
2. Il contributo è inviato ai valutatori senza notizia dell’identità dell’Autore.
3. L’identità dei valutatori è coperta da anonimato. Il parere anonimo è inviato all’Autore.
4. In caso di pareri contrastanti la direzione assume la responsabilità della decisione.
5. Ove dalle valutazioni emerge un giudizio positivo condizionato a revisione o modifica del contributo, la direzione promuove la pubblicazione solo a seguito dell’adeguamento del saggio assumendosi la responsabilità della verifica.

Indice

Index

Il tema

L'obbligo di ragionevole adattamento del luogo di lavoro per i lavoratori disabili, dopo (quasi) dieci anni dalla sua introduzione, a cura di ILARIA BRESCIANI

- SIMONE 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* 179
- LAURA TORSELLO, *I ragionevoli accomodamenti per il lavoratore disabile nella valutazione del Centro per l'impiego* 209
- CARMELA GAROFALO, *Illegittimità del licenziamento del lavoratore disabile. I diversi regimi sanzionatori* 249
- ILARIA BRESCIANI, *Le conseguenze sanzionatorie derivanti dalla violazione dell'obbligo di attuare i ragionevoli accomodamenti, fra licenziamento nullo o ingiustificato* 279

Saggi

- LUIGI DE ANGELIS, *Il processo dei licenziamenti tra agonie e speranze* 303
- IRENE DI SPILIMBERGO, *Il lavoro è libertà (anche per i reclusi)* 315
- MANUELA DURÁN BERNARDINO, *La tutela della sicurezza e della salute dei lavoratori distaccati nel diritto spagnolo. Rischi professionali specifici* 345
- NURIA MARCHAL ESCALONA, *Analisi della relazione tra il regolamento Roma I e le norme sul distacco transnazionale dei lavoratori* 365
- ANTÓNIO C. DA FRADA DE SOUSA, MILENA DA SILVA ROUXINOL, *Il regime dei lavoratori distaccati in Portogallo (dopo la direttiva 2018/957/UE)* 383

Il ragionevole adattamento nell'ordinamento comunitario e in quello nazionale. Il dovere di predisporre adeguate misure organizzative quale limite al potere di recesso datoriale *

Reasonable accommodation in the EU and national legal system. The duty to adopt adequate organizational measures as a limit to the employer's power of dismissal

Simone D'Ascola

Ricercatore di Diritto del lavoro, Università di Pisa

ABSTRACT

Il contributo muove dalla ricostruzione della nozione di adattamento ragionevole, che si è sviluppata progressivamente all'interno di un contesto ordinamentale multilivello e con un groviglio di fonti talora piuttosto disomogeneo. Si cerca poi di identificare la latitudine che assume nel nostro paese il dovere di adozione degli adattamenti ragionevoli, anche alla luce della più recente giurisprudenza europea e nazionale, allo scopo di definire come esso possa limitare dall'interno il potere di recesso datoriale. Nella parte finale la riflessione abbraccia una prospettiva più strettamente costituzionale con la valorizzazione dell'art. 41 Cost., novellato nel 2022, quale fondamento essenziale degli obblighi precedentemente descritti.

The contribution starts from the reconstruction of the notion of reasonable accommodation, which has progressively developed within a multilevel legal context and with a tangle of sources that are sometimes rather heterogeneous. The author then tries to identify the latitude that the duty of adopting reasonable accommodations assumes in our country, also

* Il saggio è stato realizzato nell'ambito del progetto "INSPIRE – INclusion Strategies through Participation in workplace for organizational well being", CUP G23C22000550001, finanziato dal programma PRIN 2020.

in the light of the most recent European and national case law, in order to define how it can limit the power of dismissal of the employer. In the final part, the reflection embraces a more frankly constitutional perspective focusing on art. 41 of the Italian Constitution, as amended in 2022, which represents an essential foundation of the obligations previously described.

SOMMARIO:

1. Introduzione: nozioni di disabilità e parità sostanziale. – 2. L’adozione dell’adattamento ragionevole come obbligo di matrice *multilevel*. – 2.1. Il diritto internazionale e la UNCRPD. – 2.2. Le fonti europee e la giurisprudenza della Corte di Giustizia. – 2.3. L’ordinamento domestico. – 2.3.1. Gli adattamenti ragionevoli nel diritto positivo. – 3. L’adattamento ragionevole e la sua incidenza sul potere di recesso: le progressive affermazioni giudiziarie. – 3.1. L’insegnamento di Cass. n. 6497/2021. – 3.2. Il bilanciamento in concreto: fra ragionevolezza e proporzionalità. – 4. La prospettiva costituzionale e la tutela della salute fra vecchio e nuovo art. 41. – 4.1. Conclusione sull’adattamento ragionevole come limite interno all’iniziativa economica privata.

1. *Introduzione: nozioni di disabilità e parità sostanziale*

Se è vero che l’intero diritto del lavoro ha il compito di realizzare l’uguaglianza sostanziale nell’ambito dei rapporti produttivi¹ – e di conseguenza nell’intera società, non solo essendo la Repubblica fondata sul lavoro, ma essendo anche noto che la maggior parte degli umani ha bisogno di lavorare per vivere – è indispensabile che esso si proponga e si sviluppi non solamente come diritto dell’uguaglianza (un sistema capace di garantire condizioni eguali per tutti in quanto stabilite da norme generali e inderogabili, provviste dei necessari dispositivi di effettività), ma anche come *diritto della differenza*. Oltre all’accezione, più scontata, per cui si tratta di un diritto diseguale², chiamato a riequilibrare i rapporti strutturalmente asimmetrici che si materializzano nel modo di produzione capitalistico, anche nel senso, più profondo e ormai condiviso, che esso deve farsi carico, attraverso molteplici livelli di regolazione e negoziazione, di fornire risposte alle necessità *soggettive* e individuali di protezione ed emancipazione che si manifestano nella realtà, in parti-

¹ U. ROMAGNOLI, *Art. 3. Il principio di uguaglianza sostanziale*, in *Commentario Branca alla Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 1975, 178.

² Cfr. O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2022, 167 (in corso di stampa).

colare quando esse riguardano i soggetti più fragili³, bisognosi di un grado più avanzato di protezione.

Sicuramente il dibattito sulla “riscoperta dell’individuo”⁴, la riesplorazione dell’autonomia individuale o la soggettivazione regolativa⁵ – oltre alle concrete aperture istituzionali, peraltro a fisarmonica, che emergono in quest’ottica – rappresentano una possibile declinazione del *diritto del lavoro della differenza*, ma l’altra componente è quella, tanto anziana quanto l’intera disciplina, che si fa carico di individuare coloro che, fra tutti i lavoratori e le lavoratrici, si trovano in una condizione di maggiore debolezza o fragilità personale, consentendo anche a costoro di perseguire il pieno sviluppo della propria personalità e ottenere una condizione, esistenzialmente soddisfacente, di liberazione dal bisogno.

Oltre, dunque, a categorie come la lavoratrice madre e il fanciullo (che storicamente esprimono questa linea di sviluppo della disciplina), da un certo punto in avanti, il diritto del lavoro ha iniziato a occuparsi in maniera integrale delle persone disabili, cercando faticosamente di mantenere anche nei loro confronti la promessa costituzionale, fino all’odierna prospettiva di «socializzare le differenze»⁶ che la materia adotta anche con riferimento a questo settore.

Da sempre considerata condizione di minorità – quasi “colpevole” –, la disabilità a lungo è stata occultata e negata⁷, confinando le persone che ne venivano colpite a una cittadinanza incompleta. Lentamente, una volta affermatosi il valore della dignità umana di ciascun individuo, il principio di uguaglianza sostanziale e la diffusione dei diritti sociali hanno condotto gli ordinamenti,

³ Cfr. ad esempio M.V. BALLESTRERO, G.G. BALANDI (a cura di), *I lavoratori svantaggiati tra eguaglianza e diritto diseguale*, Il Mulino, Bologna, 2005.

⁴ V. il classico S. SIMITIS, *Il diritto del lavoro e la riscoperta dell’individuo*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1990, 87.

⁵ Si rinvia ad A. PERULLI, *La “soggettivazione regolativa” nel diritto del lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*, IT, n. 365/2018, ove l’autore segnala le diverse piste di ricerca (che riflettono ben distinti orientamenti culturali) che possono essere ricondotte al tema della soggettivazione della disciplina (spec. 21 ss.).

⁶ Il riferimento è alle parole introduttive che M.D. FERRARA ha dedicato alla parte tematica del fascicolo n. 4/2020 di questa *Rivista*, intitolato *La dignità. Disabilità e lavoro tra tutela antidiscriminatoria e inclusione reale* (la presentazione dell’autrice è EAD., *Disabilità e lavoro. Socializzare le differenze coltivando la relazionalità*, in questa *Rivista*, 2020, 4, 877 ss.).

⁷ Per i profili storici si vedano in particolare i testi di M. SCHIANCHI: in generale, *Storia della disabilità. Dal castigo degli dei alla crisi del welfare*, Carocci, Roma, 2012 e, con riferimento al contesto italiano, il successivo ID., *Il debito simbolico. Una storia sociale della disabilità in Italia tra Otto e Novecento*, Carocci, Roma, 2019.

almeno quelli più avanzati, a dotarsi di strumenti di rimozione degli ostacoli e integrazione del disabile nel tessuto sociale e produttivo.

Lo Stato e i pubblici poteri sono così onerati di garantire prestazioni attive per supportare questi soggetti e superare gli impedimenti che la loro particolare condizione comporta: potendo lavorare adeguatamente, la persona disabile si emancipa e realizza la propria personalità.

Alle origini, c'erano solo gli invalidi (v. ancora la legge n. 222/1984 sull'invalidità civile), l'obbligatorietà della cui assunzione ha storicamente trovato sicura "giustificazione costituzionale"⁸. La nozione si è poi aggiornata e la disabilità ha trovato definitiva affermazione anche grazie allo sviluppo del diritto antidiscriminatorio⁹. Quest'ultimo ha stimolato un avanzamento degli interventi a tutela del lavoratore disabile: dapprima supportato dall'esterno, solo con riguardo all'accesso al lavoro, in seguito variamente tutelato anche *nello* svolgimento del rapporto di lavoro¹⁰.

I diversi ambiti di intervento, esemplificativamente, sono: il collocamento mirato, la flessibilità nella gestione delle assenze per malattia¹¹, i permessi per disabili e *caregivers*, la flessibilità oraria, i limiti al trasferimento, la messa a disposizione di sovvenzioni pubbliche etc. (al netto della galassia delle tutele

⁸ V. le pagine di G. PERA, *Assunzioni obbligatorie e contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1965, 65 ss.

⁹ Sul "paradigma antidiscriminatorio" v. M. BARBERA, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione e continuità*, in EAD. (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, Milano, 2007, XIX ss. L'autrice ha poi aggiornato la propria riflessione in molti contributi, fra cui si segnala EAD., *Principio di eguaglianza e divieti di discriminazione*, in M. BARBERA, A. GUARISO (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria. Fonti strumenti interpreti*, Giappichelli, Torino, 2019, 5 ss.

¹⁰ In generale, senza pretesa di esaustività, si vedano le seguenti trattazioni relative a disabilità e lavoro: il richiamato fascicolo n. 4/2020, in questa *Rivista*; l'intera Sez. I, intitolata *Disabilità, accomodamenti ragionevoli e licenziamenti*, del volume R. DEL PUNTA, D. GOTTARDI, R. NUNIN, M. TIRABOSCHI (a cura di), *Salute e benessere dei lavoratori: profili giuslavoristici e di relazioni industriali*, Adapt University Press, Milano, 2020 (con contributi di B. DE MOZZI, M. PERUZZI, E. PASQUALETTO e R. BONO); C.M. MARCHISIO, N. CURTO, *Diritto al lavoro e disabilità. Progettare pratiche efficaci*, Carocci, Roma, 2019; I. BRESCIANI, *L'inserimento lavorativo delle persone con disabilità*, Aspes, Roma, 2018; A. RICCARDI, *Disabili e lavoro*, Cacucci, Bari, 2018; la sezione *Obiettivo 1. Giustizia e disabilità*, in *Quest. giust.*, 2018, 3; C. LA MACCHIA (a cura di), *Disabilità e lavoro*, Ediesse, Roma, 2008.

¹¹ Si veda la recentissima Trib. Milano, 2 maggio 2022, in www.wikilabour.it, che ha dichiarato nullo un licenziamento per superamento del periodo di comporto intimato nei confronti di una lavoratrice disabile, essendo discriminatorio computare, nei giorni utili per l'integrazione del periodo di comporto, le assenze correlate all'handicap, in quanto in violazione del principio di eguaglianza sostanziale, della direttiva 2000/78/CE e del d.lgs. n. 216/2003.

assistenziali scollegate dal rapporto di lavoro che si radicano nell'art. 38 Cost.). Molti di questi istituti, in quanto riferiti al disabile (cioè a persona portatrice di fattore protetto tipico), sono rinforzati dalle peculiari *tecniche di tutela* del diritto antidiscriminatorio che ha come missione quella di assicurare la parità sostanziale fra i soggetti appartenenti alla categoria protetta e la collettività, anche attraverso “azioni positive”.

A questo proposito, occorre però soffermarsi in via preliminare sulla *nozione di disabilità*, avvertendo che nei prossimi paragrafi saranno fornite alcune precisazioni con riguardo ai singoli livelli ordinamentali. L'individuazione della categoria, infatti, consente di delimitare il campo di applicazione della normativa in materia e, ai nostri fini, stabilire chi sono i destinatari delle protezioni di cui si tratterà.

In Italia convivono nel diritto positivo distinte nozioni di disabilità, difficili da coordinare tra loro. Nell'intreccio delle fonti normative che offrono diverse definizioni bisogna tenere conto della compresenza di diversi livelli (europeo e domestico) e formanti (legislativo, giurisprudenziale e in parte contrattuale-collettivo).

I due approcci definitivi principali sono quello medico e quello sociale: in particolare, in via tendenziale si impiega il primo approccio nell'ambito delle norme di sicurezza sociale (si pensi alle erogazioni a carattere assistenziale dove rilevano le percentuali di invalidità) e il secondo nel diritto antidiscriminatorio, mentre per la disciplina del rapporto di lavoro la tendenza è oscillante, anche se l'approccio (bio-psico-sociale¹² ha progressivamente guadagnato terreno.

La descrizione della disabilità si basa di solito su tre elementi: l'esistenza di una menomazione, la sua incidenza sul contesto della persona colpita e la durata della situazione di invalidità, che deve assumere un carattere fortemente stabile (solo in alcuni casi definito “permanente”).

Con riguardo alla menomazione, tradizionalmente gli elementi sono di stampo medico (fisico, cognitivo, biologico, sensoriale), anche se lo slittamento verso nozioni sociali di disabilità consente ormai di considerare anche menomazioni comunicative, psico-sociali o, secondo il moderno orientamento europeo, “bio-psico-sociali”¹³.

¹²C. THOMAS, *Female Forms: experiencing and understanding disability*, Open University Press, Buckingham, 1999 – autrice che ha fornito un contributo rilevante alla diffusione della nozione sociale di disabilità – afferma che il passaggio fondamentale consiste nell'identificazione della relazione sociale che marginalizza e discrimina il disabile e non nel riconoscimento del “limite” di cui il disabile è portatore.

¹³L'approccio bio-psico-sociale è fatto proprio dalle più recenti sentenze della Corte di

Il contesto è invece determinato dalla finalità protettiva cui risponde un determinato intervento normativo: per tale ragione una condizione sanitaria patologica in certi casi può essere disabilità e in altri no. I contesti della vita considerati sono l'inserimento nel mercato del lavoro (capacità di lavorare e ottenere un impiego adeguatamente remunerato), lo svolgimento di attività quotidiane, l'integrazione a livello di apprendimento e la partecipazione alla vita sociale. La legge considera questi aspetti utilizzando talora un *tertium comparationis*, ossia valutando quanto la propria condizione obbliga il disabile a discostarsi da un soggetto "normale".

Sulla durata, si ritiene che la condizione debba essere "a lungo termine" (e non necessariamente permanente, anche alla luce dell'incerta evoluzione delle conoscenze mediche)¹⁴.

Esiste poi il problema di condizioni contigue a quella di disabilità: condizioni di particolare fragilità¹⁵, di disabilità c.d. percepita¹⁶ o di malattia cronica¹⁷. Sono situazioni – in questa sede non diffusamente analizzate – talora

Giustizia (v. A. VENCHIARUTTI, *La disabilità secondo la Corte di Giustizia: il modello bio-psico-sociale diventa "europeo"?*, in *Diritti comparati*, 15 maggio 2014) sulla scorta della ratifica della Convenzione Onu da parte dell'Unione: v. *infra* per questi aspetti.

¹⁴ Cfr. P. ADDIS, *La Corte di Giustizia dell'Unione europea alle prese con una domanda ricorrente: che cos'è la disabilità*, in *DPCE online*, 2017, 219 ss., in commento a Corte Giust., 1° dicembre 2016, C-395/15.

¹⁵ Per es. la Corte di Giustizia ha considerato assimilabile alla disabilità (per rendere operativo il divieto di discriminazione di cui alla direttiva CE 2000/78) la condizione di obesità che, di per sé, potrebbe addirittura non essere considerata patologica. Ma se tale condizione ostacola il regolare svolgimento del lavoro si può operare questa analogia (v. il caso *Kaltoft*, Corte Giust., 18 dicembre 2014, C-354/13, su cui l'approfondimento di S. BUOSO, *L'inclusione sociale dei disabili alla luce del diritto dell'Unione europea*, in *Dir. lav. merc.*, 2019, 1, spec. 88 ss.). Altro esempio è l'ingresso nella nozione di *handicap* della condizione di particolare sensibilità ai rischi professionali, tale da non consentire di occupare taluni posti di lavoro per il rischio della compromissione della salute (v. il caso *DW*, Corte Giust., 11 settembre 2019, C-397/18, su cui P. ADDIS, *Suonala ancora Sam: la Corte di Giustizia dell'Unione europea e le discriminazioni nei confronti delle persone con disabilità sul posto di lavoro*, in *DPCE Online*, 2019, 4, 2969 ss.).

¹⁶ Con il meccanismo citato della "discriminazione per associazione" (a partire dal notissimo caso *Coleman*, Corte Giust., 17 luglio 2008, C-303/06, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2008, 1169 ss., con nota di L. CALAFÀ, *Disabilità, discriminazione e molestia "associata": il caso Coleman e l'estensione elastica del campo di applicazione soggettivo della direttiva 2000/78*) esistono situazioni in cui persone strettamente legate al soggetto portatore del fattore, in questo caso il disabile, hanno necessità di essere destinatari della medesima tutela.

¹⁷ In materia il *leading case* è la sentenza *HK Danmark*, Corte Giust., 11 aprile 2013, C-335/11 e C-337/11, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2013, 43 ss., con nota di A. GUARISO, *Il destino incerto del licenziamento per superamento del periodo di comportamento dopo la sentenza HK della Cor-*

equiparate dalla legislazione o dalla giurisprudenza, perché in molti casi il trattamento riservato ai lavoratori che versano in tali condizioni è del tutto assimilato a quello dei lavoratori disabili.

Poste queste brevi premesse, è possibile approcciare l'orizzonte regolativo oggetto di approfondimento in questa sede, ossia la dimensione, sfuggente ma ricca di significati, degli adattamenti ragionevoli e del rapporto che la loro necessaria adozione intrattiene con il potere datoriale di recesso nei confronti del lavoratore disabile.

2. *L'adozione dell'adattamento ragionevole come obbligo di matrice multilevel*

Fra i molti modi con cui l'ordinamento tutela i lavoratori disabili, il dovere di adozione degli adattamenti ragionevoli è quello più *trasversale* rispetto all'intero rapporto di lavoro. Ancorché temporalmente disomogenea, l'emersione diffusa di questo obbligo abbraccia ormai l'ordinamento integrato, componendosi di previsioni legali, fattispecie tipizzate e principi di diritto vivente in ogni segmento del sistema giuridico multilivello. Il dovere di predisporre gli accomodamenti si configura, in capo ai datori di lavoro, come un'obbligazione a contenuto aperto, di non facile determinazione in concreto¹⁸. Essa, tuttavia, da un lato, limita la discrezionalità datoriale e ne comprime i poteri, dall'altro, proprio grazie all'elasticità del suo contenuto, è in grado di assicurare alla persona destinataria un ambiente di lavoro più favorevole e congeniale a un adeguato e diligente svolgimento della prestazione nonché, soprattutto, alla protezione della sua salute e integrità.

te europea. Sul fenomeno delle malattie croniche (un cantiere ancora aperto, ancorché la progressiva assimilazione alla fattispecie di disabilità sia da alcuni anni evidente) v. S. VARVA (a cura di), *Malattie croniche e lavoro. Una prima rassegna ragionata della letteratura di riferimento*, Adapt University Press, Milano, 2014; M. TIRABOSCHI, *Le nuove frontiere dei sistemi di welfare: occupabilità, lavoro e tutele delle persone con malattie croniche*, in *Dir. rel. ind.*, 2015, 706 ss.; S. FERNÁNDEZ MARTINEZ, M. TIRABOSCHI (a cura di), *Lavoro e malattie croniche*, Adapt University Press, Milano, 2017 (specie il contributo di S. FERNÁNDEZ MARTINEZ sugli accomodamenti ragionevoli, 120 ss.); S. VARVA, *Malattie croniche e lavoro tra normativa e prassi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2018, 109 ss.

¹⁸Fra coloro che lamentano “vistose incertezze” in questa disciplina, vi è chi avrebbe auspicato «la compilazione di un catalogo legale esemplificativo di soluzioni ragionevoli ipotizzabili», v. D. CASALE, *L'idoneità psicofisica del lavoratore pubblico*, Bononia University Press, Bologna, 2013, 38. Ma v. *infra* per alcuni spunti in tema di individuazione in concreto delle misure adottabili.

Di per sé, l'adattamento ragionevole è la costruzione di un contesto non impeditivo e non sfavorevole per la persona disabile. Come tale, prima ancora che sul posto di lavoro, esso è una misura di giustizia sociale nello spazio pubblico¹⁹. Nell'intera società, infatti, occorre costruire, secondo lo spirito costituzionale, le condizioni di partecipazione alla vita pubblica, mediante la "rimozione degli ostacoli". Nel contesto lavorativo esso assume però una specifica curvatura regolatoria. La realizzazione dell'accomodamento, infatti, consiste in una individualizzazione del trattamento (strutturalmente una deroga *in melius* per il beneficiario), prende di mira la condizione individuale e interferisce con la organizzazione complessiva dell'impresa predisposta dal datore di lavoro. Questa interferenza, dunque, in molti casi coinvolge anche *altri* lavoratori e lavoratrici. C'è insomma l'imposizione eteronoma di un intervento nei rapporti fra privati, oneroso, personalizzato e talora non del tutto preventivabile *ex ante*.

Tutte circostanze che richiedono un forte radicamento del dovere nell'ambito di principi fondamentali vincolanti e che impongono per la definizione della sua portata un'operazione di bilanciamento con altri principi e valori.

Sarà analizzato fra breve l'ancoraggio sovranazionale, mentre si rimanda alla parte finale la riflessione sul fondamento costituzionale. Va però segnalato che la materia è certamente *paradigmatica* dei meccanismi di funzionamento dell'ordinamento multilivello. Non solo infatti, vi è un intreccio di fonti di distinto rango, nazionali, internazionali ed europee, ma convivono anche elementi di *soft law*, preziosi in sede interpretativa, come ad esempio le *policies* delineate dalle strategie europee sulla disabilità che negli anni si sono susseguite (e che almeno dal 2011 attribuiscono ruolo essenziale agli adattamenti ragionevoli).

2.1. *Il diritto internazionale e la UNCRPD*

Il diritto internazionale si è occupato da tempo di proteggere i disabili, almeno a partire dalla *Convenzione sul reinserimento professionale e l'occupazione (persone disabili)* n. 159 adottata dall'OIL nel 1983 e accompagnata dalla Raccomandazione n. 168 sempre del 1983. Tale Convenzione²⁰ è entrata in vigore nel 1985 e si ritiene che sia stata ratificata dall'Italia nonostante

¹⁹ A partire dalle misure più elementari come ad es. l'abbattimento delle barriere architettoniche. Per approfondire v. A. MARRA, voce *Barriere architettoniche*, in *Enc. dir., Annali IV*, Giuffrè, Milano, 2011, 191-214.

²⁰ Sul cui ruolo si rinvia all'approfondimento di R. NUNIN, *Disabilità, lavoro e principi di tutela nell'ordinamento internazionale*, in questa *Rivista*, 2020, 4, 881 ss.

qualche anomalia nel procedimento²¹. Fra gli obiettivi della Convenzione vi è quello di garantire misure di inserimento professionale «accessibili a tutte le categorie di persone disabili e promuovere le possibilità d'impiego delle persone disabili sul mercato libero del lavoro».

Anche nell'ambito del c.d. diritto internazionale dei diritti umani si rinven-
gono fonti importantissime. Su tutte, la *Convenzione delle Nazioni Unite sui
diritti delle persone con disabilità* (UNCRPD, secondo il diffuso acronimo in-
glese), approvata nel 2006 ed in vigore dal 2008. La Convenzione è stata da
tempo ratificata dall'UE (2011) e dai 27 Stati membri (in Italia con la legge n.
18/2009).

Essa costituisce un tipico strumento di intervento dell'ONU a tutela di una
particolare categoria (i diritti di una specifica classe di soggetti) e propone una
riscrittura di alcuni tradizionali diritti (affermati per la generalità degli indivi-
dual) alla luce della condizione di disabilità, con la finalità di assicurare che es-
si siano garantiti ed *effettivi* anche per le persone affette da disabilità. Queste
ultime sono individuate all'art. 1, par. 2, come coloro che «hanno una invalidità²²
di lunga durata fisica, mentale, cognitiva o sensoriale, che interagendo
con varie barriere può ostacolare la loro piena ed effettiva partecipazione alla
società su basi analoghe agli altri».

Nella Convenzione si propone un approccio sociale alla disabilità, con la
convinzione che essa alberghi nella società, più che nella persona: le barriere
incontrate dalle persone disabili non derivano dalla persona stessa, ma sono di
tipo sociale e ambientale²³. Per la Convenzione occorre indirizzare al meglio
l'interazione con tali barriere, in maniera che la persona disabile sia il più pos-
sibile integrata, con una focalizzazione sul contesto sociale, che deve adeguar-
si, e non sull'individuo. I principi più rilevanti sono in essa quelli di *dignità e
autonomia*, di *accessibilità* e di *eguaglianza*.

Gli Stati aderenti alla Convenzione devono: combattere ogni forma di di-
scriminazione, comprese le discriminazioni multiple; assicurare l'uguaglianza
delle opportunità; e infine assicurare gli *adattamenti ragionevoli*.

Proprio l'art. 2 fornisce una prima definizione di “adattamenti ragionevoli”²⁴

²¹ *Ibidem*, nota 6, ove ulteriori ragguagli.

²² Il termine inglese qui utilizzato, “*impairment*”, cruciale per trattare di disabilità, non ha
in realtà una pregnante traduzione italiana. Può essere reso variamente con “invalidità”, “me-
nomazione” o altre espressioni simili.

²³ Uno sviluppo di questa prospettiva in S. ROSSI, *L'accessibilità come diritto sociale delle
persone disabili*, in *Mat. st. cult. giur.*, 2019, spec. 400 ss.

²⁴ Anche questa è la traduzione di un'espressione anglosassone, “*reasonable accommoda-
tions*”.

come «le modifiche e gli adattamenti necessari ed appropriati che non impongano un carico sproporzionato o eccessivo, ove ve ne sia necessità in casi particolari, per assicurare alle persone con disabilità il godimento e l'esercizio, su base di eguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali». Il Comitato sui diritti delle persone con disabilità, garante della Convenzione, nel Commento ufficiale, ha precisato le nozioni di *accomodamenti ragionevoli* e di *accessibilità*. I primi consistono in oneri orientati sul singolo individuo, nascenti *ex nunc* e rilevanti con riferimento ai diritti sostanziali; la seconda è invece riferita ai gruppi e deve sussistere *ex ante*.

Il Comitato si è inoltre pronunciato con alcune Comunicazioni relative a casi concreti: con la Comunicazione n. 5/2011 (*Jungelin vs Svezia*) ha precisato che nell'assicurare misure di accomodamento ragionevoli e proporzionate gli Stati parti godono di un "margine di apprezzamento"; con le Comunicazioni nn. 2/2010 (*Groninger et al. vs Germania*) e 9/2012 (*A.F. vs Italia*) si è invece soffermato sulla portata del principio di uguaglianza sostanziale di cui all'art. 27 par. 1 della Convenzione²⁵. Esso, tra le misure richieste, prevede che si promuovano opportunità di lavoro (anche autonomo) e avanzamenti di carriera, che le persone disabili siano impiegate nel settore pubblico e che nel settore privato si favorisca il collocamento anche con azioni positive e programmi incentivanti.

La forza vincolante della UNCRPD, penetrata negli ordinamenti integrati, e la ampiezza delle sue formulazioni (per molti versi anticipatrici) ne fa uno strumento fondamentale, costantemente richiamato anche in sede contenziosa.

2.2. Le fonti europee e la giurisprudenza della Corte di Giustizia

Alla disciplina internazionale, si aggiunge il diritto dell'Unione che, forte di una storica primazia nella diffusione dell'*acquis* antidiscriminatorio²⁶, riveste un ruolo fondamentale nella implementazione, da parte degli ordinamenti statuali, di regole a tutela del disabile²⁷. Ciò anche in forza della Convenzione

²⁵ Che testualmente afferma: «Gli stati parti riconoscono il diritto delle persone con disabilità a lavorare, su base eguale agli altri; ciò implica il diritto all'opportunità di guadagnarsi da vivere con un lavoro liberamente scelto o accettato in un mercato del lavoro e in un ambiente lavorativo che siano aperti, inclusivi e accessibili alle persone con disabilità».

²⁶ Come lo definisce anche M.G. BELLO, *Un anniversario da festeggiare? Riflessioni sociologico-giuridiche sulle disposizioni antidiscriminatorie dell'Unione europea a vent'anni dalla loro emanazione*, in *DPCE Online*, 2020, 1061.

²⁷ Per una prospettiva comparata, focalizzata sugli accomodamenti ragionevoli, v. D. FERRI, *L'accomodamento ragionevole per le persone con disabilità in Europa: da Transatlantic Borrowing alla Cross-Fertilization*, in *Dir. pubb. comp. eur.*, 2017, 2, 381 ss.

Onu, vincolante sulla base dell'art. 216 TFUE, e dunque integrante il diritto eurounitario in posizione sovraordinata rispetto al diritto derivato, ma inferiore rispetto ai Trattati²⁸.

La Corte di Giustizia, nel già citato caso *HK Danmark*, ha precisato che, in virtù della primazia delle norme di diritto internazionale fatte proprie dall'Unione, direttive e regolamenti devono essere quanto più possibile conformi alle Convenzioni internazionali. In altra pronuncia dello stesso periodo ha però riconosciuto che le previsioni della UNCRPD non possono avere "effetto diretto" poiché non hanno un contenuto sufficientemente preciso, autosufficiente e incondizionato²⁹.

Volgendo lo sguardo al diritto UE in senso stretto, deve segnalarsi anzitutto la rilevanza degli artt. 10 e 19 del TFUE e degli artt. 21³⁰ e 26 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, quali disposizioni che forniscono una base per collocare in termini sistematici le discipline relative alle persone disabili. Le prime tre norme richiamano il principio di non discriminazione, mentre la quarta è espressamente dedicata all'inserimento sociale delle persone con disabilità.

In questo quadro, composto dai principi della UNCRPD e da quelli delle Carte fondamentali dell'Unione, si inscrivono tutte le discipline di dettaglio relative alla disabilità, tra le quali si annoverano anche eccezioni al divieto generale di aiuti di Stato (le regole del c.d. GBER, ossia il "*General block exemption regulation*").

²⁸ Fra gli interventi di diritto derivato più recenti in materia di disabilità, ancorché non strettamente attinente agli accomodamenti ragionevoli, si segnala la direttiva 2019/882/UE del 17 aprile 2019, sui requisiti di accessibilità dei prodotti e dei servizi, che vuole ravvicinare le legislazioni degli SM in materia per rispondere alle esigenze delle persone disabili e facilitarne una vita indipendente, in linea con il richiamato art. 9 della UNCRPD sull'*accessibilità*.

²⁹ Corte Giust., 18 marzo 2014, C-363/2012 (caso *Z*), in *curia.europa.eu*.

³⁰ L'art. 21 della Carta di Nizza sul divieto di discriminazioni include espressamente la disabilità. Non è solo una dichiarazione di principio. È un dato avente effetti pratici. Sulla base di esso, infatti, si allargano potenzialmente le maglie con cui accordare tutela secondo le peculiari tecniche del diritto antidiscriminatorio, anche in quei frangenti degli ordinamenti domestici ove è più incerto che la violazione di specifici obblighi di protezione della persona disabile attinga questa dimensione. La stessa violazione dell'obbligo generale di adozione degli accomodamenti ragionevoli in alcuni paesi sembra produrre automaticamente una discriminazione, in base alle formulazioni interne, in altri questo esito è più incerto (v. S. D'ASCOLA, *Disabilità e diritto del lavoro: istantanee dall'Italia e dall'Europa. Seminario internazionale di diritto comparato del lavoro – Pontignano XXXIII. Sintesi dei lavori*, in AIDLASS, *Legge e contrattazione collettiva nel diritto del lavoro post-statuario. Atti delle giornate di studio. Napoli, 16 e 17 giugno 2016*, Giuffrè, Milano, 2017, 458 per qualche ragguaglio comparato).

Lo strumento di diritto derivato più significativo è però, naturalmente, la direttiva 2000/78/CE, in tema di parità di trattamento sul lavoro e non discriminazione. Essa include la disabilità tra i fattori tipizzati rispetto ai quali vige il divieto per gli stati membri di porre in essere trattamenti discriminatori nell'ambito del lavoro, del collocamento e della formazione professionale, consentendo deroghe solo per le forze armate (art. 3, par. 4).

La direttiva non fornisce una vera e propria definizione di disabilità; cionondimeno la portata della nozione deve avere un'interpretazione uniforme e autonoma, che non può riferirsi alla legislazione dei singoli stati membri³¹. In tutti i casi, fra il modello definitorio di stampo "medico" e quello di stampo "sociale", la Corte tende ormai a preferire il secondo³².

La direttiva del 2000, inoltre, grava direttamente i datori di lavoro del dovere di predisposizione degli accomodamenti ragionevoli (v. art. 5, su cui si tornerà) e precisa che la parità di trattamento lascia impregiudicato il diritto degli stati membri a prevenire ed evitare svantaggi correlati agli adempimenti richiesti dall'art. 1, anche in tema di salute e sicurezza sul lavoro (art. 7).

Alla stregua del *considerando* n. 20 della direttiva, gli accomodamenti ragionevoli a carico delle imprese possono definirsi come «adattamenti individualizzati che in maniera oggettiva e appropriata soddisfino le necessità delle persone e le aiutino a esercitare il loro diritto al lavoro» e si distinguono fra quelli di tipo tecnico e quelli di tipo organizzativo.

Come già accennato, infine, l'Unione da oltre 25 anni è solita delineare delle Strategie per la disabilità (la prima è del 1996), secondo un modello ormai ricorrente di indirizzo delle *policies*. Per il periodo 2021-2030, la Strategia resa nota nel 2020 intende promuovere in ogni ambito l'*autonomia* della persona disabile e la parità nella partecipazione alla vita sociale, confermando l'importanza degli accomodamenti ragionevoli. Su di essi si era concentrata

³¹ Principio affermato sin dai tempi del caso *Chacon Navas*, Corte Giust., 11 luglio 2006, C-13/05, in *Arg. dir. lav.*, 2007, II, 221 ss., con nota di M. VIZIOLI, *Malattia e handicap di fronte alla Corte di Giustizia*.

³² Il primo modello era fatto proprio dalla sentenza *Chacon Navas*, cit., ma è oggi superato. Il definitivo passaggio al secondo modello è infatti consolidato da almeno un decennio e si è affermato con decisioni quali *HK Danmark* (cit., con la quale la Corte amplia la nozione di disabilità interpretando il diritto europeo proprio alla luce della Convenzione, a conferma della rilevanza dell'intreccio tra i livelli normativi), Corte Giust., 4 luglio 2013, C-312/2011, *Commissione c. Italia*, su cui v. anche *infra*; Corte Giust., 18 marzo 2014, C-363/2012 (caso *Z*) e Corte Giust., 4 dicembre 2014, C-354/2013 (caso *FOA*), tutte in *curia.europa.eu*. Sul passaggio alla nozione sociale di disabilità e su tutte le precisazioni fornite dalla Corte nel corso degli anni v. il prezioso riepilogo di M. MILITELLO, D. STRAZZARI, *I fattori di discriminazione*, in M. BARBERA, *La tutela antidiscriminatoria*, cit., 146 ss.

anche la strategia del decennio precedente, che – in particolare per il quinquennio 2010-2015 – individuava quattro binari: non discriminazione, introduzione di azioni positive, accessibilità dei luoghi di lavoro e appunto accomodamenti ragionevoli.

Si può passare ora ad esaminare lo scenario nazionale, per completare il quadro multilivello³³.

2.3. *L'ordinamento domestico*

Prima di addentrarci nello studio della realtà giuridica nazionale, giova tenere presente che l'Italia si trova in una situazione ancora largamente insoddisfacente con riferimento all'inserimento lavorativo delle persone disabili, come testimoniano i dati ufficiali del 2021³⁴ (e la pandemia ha purtroppo inciso negativamente, anche alla luce della sospensione di alcuni obblighi di assunzione delle categorie protette). Oltre alle modeste percentuali di disabili impiegati, è piuttosto comune la loro fuoriuscita anticipata dal mercato del lavoro a cui non segue un rientro. Il tutto con conseguenze sociali significative in termini di appesantimento dei carichi familiari e alimentazione di “nuove povertà”.

Cionondimeno, l'ordinamento ha compiuto molti passi in avanti nell'ultimo ventennio, consentendo di poter dire che, ad oggi, le arretratezze che dipendono dalla ineffettività e disapplicazione del diritto esistente superano leggermente quelle che derivano dalle lacune del quadro offerto dal diritto positivo e vivente³⁵.

In particolare, focalizzando lo sguardo sul dovere di adozione degli accomodamenti ragionevoli (il cui fondamento sarà delineato nel prossimo paragrafo), è apprezzabile lo sforzo realizzato con il d.lgs. n. 151/2015 introducendo il Fondo regionale per l'occupazione dei disabili (che si alimenta anche con le sanzioni per violazione della legge n. 68/199)³⁶.

³³ Avvertendo che ulteriori dettagli sullo scenario UE si possono rinvenire, *ex plurimis*, nel ricco saggio di W. CHIAROMONTE, *L'inclusione sociale dei lavoratori disabili fra diritto dell'Unione europea e orientamenti della Corte di Giustizia*, in questa *Rivista*, 2020, 4, 87 ss.

³⁴ Il riferimento è alla IX Relazione sullo stato di attuazione della Legge 12 marzo 1999, n. 68 “Norme per il diritto al lavoro dei disabili”: tutta la documentazione istituzionale si trova sul sito <https://www.lavoro.gov.it/priorita/Pagine/Stato-attuazione-Legge-68-sul-diritto-al-lavoro-dei-disabili.aspx>.

³⁵ Questo sembra di poter ricavare dalla lettura di L. CAROLLO, *Il diritto al lavoro delle persone con disabilità ed evoluzioni giurisprudenziali*, Inapp – Report tecnico, novembre 2020.

³⁶ Cfr. C. SPINELLI, *La sfida degli “accomodamenti ragionevoli” per i lavoratori disabili*

2.3.1. *Gli adattamenti ragionevoli nel diritto positivo*

Limitando il breve *excursus* all'ultimo trentennio, si deve ricordare che la legge n. 104/1992 ha avviato la rivisitazione del quadro normativo: oltre a fornire una definizione di portatore di *handicap* all'art. 3 («colui che presenta una minorazione fisica, psichica o sensoriale, stabilizzata o progressiva, che è causa di difficoltà di apprendimento, di relazione o di integrazione lavorativa e tale da determinare un processo di svantaggio sociale o di emarginazione»), ha promosso la formazione e l'addestramento professionale delle persone disabili, garantendo incentivi e sussidi. Successivamente, con la legge n. 68/1999 (molte volte novellata fino agli anni più recenti), si è modernizzato il collocamento mirato³⁷ incentrando il meccanismo sulle caratteristiche e competenze personali della persona disabile e sulle necessità effettive dell'impresa, che devono incontrarsi, coinvolgendo le autorità amministrative locali.

Dal punto di vista della nozione di disabilità, la legge del 1999 elenca una serie di categorie protette: «persone in età lavorativa affette da minorazioni fisiche, psichiche o sensoriali e portatori di *handicap* intellettivi, che comportino una riduzione della capacità lavorativa superiore al 45%, accertata dalle competenti commissioni per il riconoscimento dell'invalidità civile», «persone invalide del lavoro con un grado di invalidità superiore al 33%, accertata dall'INAIL», ciechi, sordomuti e invalidi di guerra e civili. Si tratta di un approccio medico, in grado di fornire appigli certi per l'individuazione dei destinatari, ma che verrà poi arricchito dalla progressiva diffusione delle nozioni europee, specie ai fini degli adattamenti ragionevoli. Proprio con riferimento a questi ultimi, nella legge n. 68 occorre menzionare l'importante art. 10. Esso, al comma 2 prevede che il datore «non può chiedere al disabile un prestazione non compatibile con le sue minorazioni» e, nel caso di aggravamento della condizione del disabile, già come tale assunto, se emergono difficoltà nella prosecuzione della prestazione, il lavoratore ha diritto a una sospensione retribuita e, se ciò non risolve l'incompatibilità, il licenziamento può intervenire solo ove (comma 3) «anche attuando i possibili adattamenti dell'organizzazione del lavoro» la commissione competente accerti l'impossibilità del reinserimento. È questa la norma di riferimento per orientare la valutazione sulla prosecuzione del rapporto in caso di aggravamento della condizione della persona già disabile³⁸.

dopo il Jobs Act, in *Dir. lav. merc.*, 2017, 39 ss. e D. GAROFALO, *La tutela del lavoratore disabile nel prisma degli accomodamenti ragionevoli*, in *Arg. dir. lav.*, 2019, 1223 ss.

³⁷ Cfr. F. LIMENA, *L'accesso al lavoro dei disabili*, Cedam, Padova, 2004.

³⁸ Cfr. A. RICCARDI, *Disabili e lavoro*, cit., 192; v. inoltre I. BRESCIANI, *Sussiste l'obbligo*

Un ruolo importante, è giocato anche dal d.lgs. n. 81/2008, (t.u. in tema di salute e sicurezza), che impone l'adeguamento delle mansioni anche nel caso di incapacità sopravvenuta del disabile a svolgere le funzioni precedenti: tale peculiare obbligo di repêchage in caso di sopravvenuta inidoneità è contemplato all'art. 42 che stabilisce che, se il medico competente ravvisa una inidoneità alla specifica mansione, il datore è tenuto ad adibire, ove possibile, il lavoratore «ad altra mansione compatibile con il suo stato di salute».

Rilevantissimo per la sua portata generale è, però, dal punto di vista del diritto antidiscriminatorio (e in coerenza con i principi costituzionali), il d.lgs. n. 216/2003 di recepimento la direttiva 2000/78/CE.

Proprio da qui è opportuno partire per richiamare gli obblighi di adozione degli accomodamenti presenti nell'ordinamento. A seguito dell'apertura di una procedura di infrazione da parte della Corte di Giustizia, infatti, l'Italia è stata condannata nel 2013³⁹ per non aver recepito adeguatamente nell'ordinamento giuridico interno l'art. 5 della direttiva del 2000 sulle soluzioni ragionevoli. Nella pronuncia, la Corte ha sostenuto che l'Italia, nel decreto legislativo n. 126 non avesse imposto «un sistema di obblighi a carico dei datori di lavoro, che non possono essere sostituiti da incentivi e aiuti forniti dalle autorità pubbliche».

datoriale di adottare accomodamenti ragionevoli anche in caso di sopravvenuta inidoneità del lavoratore, ma solo se è riconducibile alla nozione di disabilità, in *Mass. giur. lav.*, 2020, 4, 1075 ss.

³⁹ V. ampiamente M. AGLIATA, *La Corte di Giustizia torna a pronunciarsi sulle nozioni di "handicap" e "soluzioni ragionevoli" ai sensi della direttiva 2000/78/CE*, in *Dir. rel. ind.*, 2014, 263 e, con accenti critici ricchi di argomentazioni, M. CINELLI, *Insufficiente per la Corte di Giustizia la tutela che l'Italia assicura ai lavoratori disabili: una condanna realmente meritata?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, II, 935 ss., a commento della pronuncia di condanna, ossia Corte Giust., 4 luglio 2013, C-312/11 (ivi v. anche il commento M. LUGHEZZANI, 939 ss.). Nella controversia il Governo italiano aveva sostenuto che, benché priva di una previsione apposita di portata generale sugli a.r., la legislazione nazionale prevedesse in molti frangenti adeguate misure di tutela dei disabili e promozione della loro integrazione lavorativa. Cionondimeno, la Corte ha condannato l'Italia ritenendo parziali le soluzioni normative previste, in quanto non coinvolgevano tutte le tipologie di disabili, né si applicavano a tutti i lavoratori, né, infine, abbracciavano tutti gli aspetti del rapporto di lavoro. La severità della valutazione della Corte non è pienamente convincente, ma è pure vero che nel 2013 (e ancor oggi) qualche lacuna e arretratezza c'era senz'altro: per es. la legge n. 67/2006, dedicata alla tutela giudiziaria nei casi di discriminazioni basate sulla disabilità, non è dedicata espressamente al settore lavoristico e la nozione di discriminazione ivi accolta, pur includendo sia quella diretta che quella indiretta, ricalca quanto previsto nella legge n. 104/1992, senza l'ampiezza della definizione della UN-CRPD che, invece, come si è detto, è quella a cui l'ordinamento integrato tende ad allinearsi (sul punto v. le osservazioni di M. BARBERA svolte nel 2016 al Seminario di Pontignano dedicato alla disabilità, riportate da S. D'ASCOLA, *Disabilità e diritto del lavoro*, cit., 438).

Il legislatore ha immediatamente posto rimedio a questa censura con l'art. 9, comma 4-ter, del d.l. n. 76/2013, conv. con modifiche dalla legge n. 99/2013, che ha inserito all'interno dell'art. 3 del d.lgs. n. 216/2003 un comma 3-bis, il quale recita: «al fine di garantire il rispetto del principio della parità di trattamento delle persone con disabilità, i datori di lavoro pubblici e privati sono tenuti ad adottare accomodamenti ragionevoli, come definiti dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, ratificata ai sensi della legge 3 marzo 2009, n. 18, nei luoghi di lavoro, per garantire alle persone con disabilità la piena eguaglianza con gli altri lavoratori...».

La nuova disposizione – che esplicita un dovere che in realtà ben pochi avrebbero potuto disconoscere nel 2013 – si caratterizza per avere di mira la tutela della salute della persona disabile, ampliando e precisando i comportamenti nei suoi confronti dovuti *ex art. 2087 c.c.* (norma generale e di chiusura sull'obbligo di sicurezza⁴⁰) ed *ex art. 28 d.lgs. n. 81/2008* (nella sfera della preventiva valutazione dei rischi) a prescindere dal rapporto che questo dovere eventualmente intrattenga con il potere di recesso datoriale (su cui v. *infra*). Gli *adattamenti ragionevoli* di cui al comma 3-bis, insomma, costituiscono un *diritto soggettivo perfetto della persona disabile* per ragioni di civiltà giuridica e solidarietà sociale, ben prima che si ponga una questione di conservazione dell'occasione di lavoro e possibile perdita del posto⁴¹.

Ciononostante è innegabile che sia quest'ultima ipotesi quella che ha maggiormente impegnato la giurisprudenza nella ricerca di che cosa fosse l'accomodamento ragionevole, essendo scontato che il contenzioso si attiva perlopiù a fronte della vicenda estintiva del rapporto di lavoro. A queste problematiche sono quindi dedicati i prossimi paragrafi.

⁴⁰ Su cui ancora, per tutti, P. ALBI, *Adempimento dell'obbligo di sicurezza e tutela della persona*. Sub Art. 2087, in P. SCHLESINGER, F.D. BUSNELLI (diretto da), *Commentario al codice civile*, Giuffrè, Milano, 2008.

⁴¹ Peraltro, come è stato evidenziato, l'obbligo di adozione dell'accomodamento ragionevole non è provvisto *di per sé* di una specifica sanzione specifica: il suo mancato rispetto emerge a partire dal contenzioso relativo ad altri istituti: trasferimenti, orario di lavoro e, ovviamente, recesso (v. il dibattito svoltosi nel *webinar* dal titolo *Prevenzione, tutele e reinserimento lavorativo nel prisma degli accomodamenti ragionevoli. Quando la scienza si fa (buona) pratica Dialogo tra Università, Inail e il mondo del lavoro per un lavoro sostenibile di giovani e anziani*, promosso dall'Università di Udine e dall'Inail regionale friulano il 30 settembre 2020 e la cui registrazione è disponibile su *YouTube*).

3. *L'adattamento ragionevole e la sua incidenza sul potere di recesso: le progressive affermazioni giudiziarie*

La prima significativa tappa giurisprudenziale è rappresentata dalla nota Cass., sez. un., n. 7755/1998⁴²; per decidere della legittimità del licenziamento per g.m.o. in caso di infermità permanente sopravvenuta (che rendesse inseguibili le mansioni), per la prima volta tale pronunciamento ha gravato il datore di lavoro dell'onere di verificare preventivamente la possibilità di reimpiegare del dipendente adibendolo a «mansioni equivalenti o, se ciò è impossibile, a mansioni inferiori», così elaborando uno specifico obbligo di *repêchage* riferito alla sopravvenuta idoneità fisica alle mansioni.

Tale obbligo trovava un limite non valicabile nell'«assetto organizzativo insindacabilmente stabilito dall'imprenditore»⁴³. Il perimetro delle scelte organizzative, che afferiscono alla discrezionalità di chi esercita l'iniziativa economica ex art. 41 Cost, risultava dunque intangibile – anche affinché fossero «preservati gli equilibri finanziari» – e la modifica delle mansioni del lavoratore interessato non avrebbe potuto incidere sull'organizzazione produttiva, né, tantomeno, sulla posizione di altri lavoratori.

Solo più tardi il principio di insindacabilità delle scelte datoriali organizzative – cui anche l'art. 30 del “Collegato lavoro” (legge n. 183/2010) ha provato a dare ulteriore vigore – è stato eroso (peraltro, solo in specifici casi tipizzati) e la materia degli adattamenti ragionevoli ha rappresentato una delle leve di tale trasformazione⁴⁴.

Si è infatti preso atto, sulla scorta dell'evoluzione del diritto positivo e di quello sovranazionale, che la tutela della persona colpita da disabilità – o comunque da una condizione di impossibilità⁴⁵ riconducibile alla salute – non

⁴² Cass., sez. un., 7 agosto 1998, n. 7755, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, 170, con nota di G. PERA, *Della licenziabilità o no del lavoratore divenuto totalmente inabile*; in *Orient. giur. lav.*, 1999, I, 196 ss., con nota di G. LUDOVICO, *L'onere datoriale del repêchage e la sopravvenuta inidoneità del lavoratore nell'interpretazione delle Sezioni Unite della Cassazione*; in *Mass. giur. lav.*, 1998, 876.

⁴³ Per le Sezioni Unite del 1998, insomma, nel bilanciamento fra tutela dell'occupazione e della salute (artt. 4 e 32 Cost.) del lavoratore disabile, da un lato, e libertà di iniziativa economica (art. 41, comma 1, Cost.), dall'altro, l'equilibrio non avrebbe potuto ledere l'«autodeterminazione dell'organizzazione interna dell'impresa». In materia v. L. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra “principi” costituzionali*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2007, 617 ss.

⁴⁴ Cfr. P. CAMPANELLA, *Clausole generali e obblighi del prestatore di lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2015, 89.

⁴⁵ Per valutazioni più approfondite sulla distinzione fra “mera” sopravvenuta inidoneità psi-

dovesse *sempre* soccombere rispetto alla libertà di impresa: la garanzia della continuità occupazionale (in condizioni salubri, sicure e adeguate per la specifica soggettività coinvolta) rappresenta infatti un bene primario⁴⁶.

Il nodo, però, è evidentemente rappresentato dalla latitudine di questo bilanciamento: fino a dove è possibile pretendere dal datore di lavoro di riarticolare la propria organizzazione per soddisfare questa esigenza? Per rispondere occorre anche tenere presente che secondo gli ordinari principi il lavoratore disabile è tenuto ad allegare la propria condizione (spesso emergente da risultanze mediche), mentre è il datore (*ex art. 5 legge n. 604/1966*) che dovrà provare l'impossibilità di trovare adattamenti adeguati a salvare il posto di lavoro all'interno della propria azienda⁴⁷.

co-fisica e disabilità, sempre nell'ottica degli accomodamenti ragionevoli, si rinvia al successivo contributo di L. TORSELLO, *I ragionevoli accomodamenti per il lavoratore disabile nella valutazione del Centro per l'impiego*, in questo fascicolo, 209 ss. Si precisa, peraltro, che anche le questioni della discriminarietà (o meno) del licenziamento e dei regimi di tutela applicabili non sono qui approfondite *funditus*, essendo rimesse la prima al saggio di I. BRESCIANI, *Le conseguenze sanzionatorie derivanti dalla violazione dell'obbligo di attuare i ragionevoli accomodamenti, fra licenziamento nullo o ingiustificato*, in questo fascicolo, 281 ss., e la seconda (su cui v. l'importante Cass. 15 ottobre 2019, n. 26029) a quello di C. GAROFALO, *Illegittimità del licenziamento del lavoratore disabile. I diversi regimi sanzionatori*, in questo fascicolo, 249 ss. Sul contesto del lavoro pubblico, si tenga presente la densa ricostruzione di E. PASQUALETTO, *I limiti al licenziamento per ragioni oggettive dei disabili in funzione di un'effettiva parità di trattamento nel lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2017, 4-5, 110 ss., che commenta una pronuncia della Corte di Giustizia relativa alla Pubblica amministrazione bulgara, sviluppando la riflessione anche con riferimento al contesto pubblico italiano.

⁴⁶ È vasto l'elenco di pronunce che esprimono il mutamento di indirizzo dall'antica visione restrittiva della Cassazione alla cui stregua la disabilità emersa durante il rapporto di lavoro non imponeva al datore di adattare il luogo di lavoro, nemmeno in caso di peggioramento della condizione di un lavoratore già assunto in base alla legge n. 68/1999, dovendosi solo verificare se fosse possibile il reimpiego in altre mansioni per evitare il licenziamento; si è passati al recepimento degli orientamenti europei e alla normalizzazione del dovere di adozione degli accomodamenti quale specifica componente del presupposto giustificativo in caso di licenziamento del disabile: fra le tante, negli anni passati, v. Trib. Pavia, 19 settembre 2009; Trib. Milano, 20 settembre 2010; Trib. Napoli, 31 maggio 2012; App. Torino, 7 febbraio 2013; Trib. Milano, 20 novembre 2014; Trib. Ivrea, 24 febbraio 2016. Nella giurisprudenza di legittimità risultano degne di nota Cass. 4 febbraio 2016, n. 2209 e Cass. 3 novembre 2015, n. 22421. V. anche le molte ulteriori indicazioni in M.P. AIMO, *Inidoneità sopravvenuta alla mansione e licenziamento: l'obbligo di accomodamenti ragionevoli preso sul serio dalla Cassazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2019, II, 161 ss. (qui spec. nota 19), in nota congiunta a Cass. 19 marzo 2018, n. 6798 e Cass. 26 ottobre 2018, n. 27243.

⁴⁷ La Corte di Giustizia, con la recente decisione *HR Rail*, è tornata sulla latitudine dell'obbligo di cui all'art. 5 della direttiva del 2000, confermando pienamente che l'adattamento ragionevole può incidere sulla organizzazione aziendale, ma focalizzando la limitatezza di questa

Un dittico di sentenze della Corte di Cassazione del 2018⁴⁸ ha confermato il fondamento direttamente eurounitario dell'obbligo di adozione degli accomodamenti ragionevoli (anche nelle fattispecie sottratte *ratione temporis* all'applicabilità del comma 3-*bis* sussiste l'obbligo di previa verifica dell'assegnazione a mansioni diverse quale accomodamento ragionevole) e ha contribuito, definitivamente, all'accoglimento della definizione di disabilità più ampia (e non meramente medica) da parte della Corte suprema e in generale nell'ordinamento: Cass. n. 6798/2018⁴⁹, infatti, afferma che se un'infermità di lunga durata ostacola «la piena ed effettiva partecipazione del lavoratore alla vita professionale su base di uguaglianza con altri lavoratori» ci si trova automaticamente nella sfera di protezione della direttiva 2000/78/CE (con conseguente obbligo di adattamenti ragionevoli)⁵⁰, mentre Cass. n. 27243/2018 precisa che quest'ultimo obbligo grava integralmente sul datore – rappresentando un onere *superiore* rispetto al mero obbligo di *repêchage*⁵¹ – anche in virtù di un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 5 della direttiva.

Ancora, Cass. n. 27502/2019⁵² si pone in linea con questi orientamenti e fornisce una preziosa conferma in ordine alla distinzione fra inidoneità sopravvenuta semplice e disabilità (sia pure con riferimenti non precisissimi alle disposizioni della legge n. 68/1999⁵³); seguita da Cass. n. 34132/2019⁵⁴, che si sofferma sulla funzione, assegnata alla decisione di merito, di valutare «proporzionalità e non eccessività» delle misure di adattamento (cfr. *infra*).

incidenza sulla non sproporzione *economica* della misura (v. anche *infra*), Corte Giust., 10 febbraio 2022, C-485/20, in *curia.europa.eu* e in *Dir. prat. lav.*, 2022, 12, 736 ss., con nota di S. SERVIDIO, *Inidoneità alle mansioni e ricollocazione del lavoratore disabile*.

⁴⁸ Citate in chiusura della nota n. 46.

⁴⁹ Confermata da una ulteriore pronuncia dello stesso anno, Cass. 22 ottobre 2018, n. 26675, in *Riv. giur. lav.*, 2019, II, 244 ss., ove è pubblicata e annotata congiuntamente alla n. 6798 da M. SALVAGNI, *Licenziamento per sopravvenuta inidoneità psicofisica: reintegrazione per mancata adozione di accomodamenti ragionevoli e per violazione del repêchage*.

⁵⁰ Tale contributo di chiarezza viene salutato infatti come una positiva novità da O. BONARDI, *L'inidoneità sopravvenuta al lavoro e l'obbligo di adottare soluzioni ragionevoli in una innovativa decisione della Cassazione*, in *Quest. giust.*, 2018, 3, 101 ss.

⁵¹ In precedenza, S. GIUBBONI, *Disabilità, sopravvenuta inidoneità, licenziamento*, in *Riv. giur. lav.*, 2016, 3, 638, aveva parlato di un obbligo di *repêchage* “qualificato e rafforzato”.

⁵² Cass. 28 ottobre 2019, n. 27502, in *Mass. giur. lav.*, 2020, 4, 1075 ss., con nota di I. BRESCIANI, *Sussiste l'obbligo datoriale*, cit.

⁵³ Cfr. I. BRESCIANI, *op. cit.*, 1085.

⁵⁴ Cass. 19 dicembre 2019, n. 34132, in *Labor*, 2020, 5, 633 ss., con nota di S. MARGIOTTA, *Tutela dei disabili, “accomodamenti ragionevoli” e obbligo di “repechage”*.

La tappa giurisprudenziale più significativa è tuttavia rappresentata da Cass. n. 6497/2021, che verrà discussa nei prossimi due paragrafi.

3.1. *L'insegnamento di Cass. n. 6497/2021*

Giunti a questo punto, occorre soffermarsi sull'arresto più importante e recente, che senz'altro orienterà le decisioni della giurisprudenza – di merito e non solo – nei prossimi anni. Cass. 9 marzo 2021, n. 6497⁵⁵, infatti, ha fornito un contributo non meramente ricognitivo e di grande importanza, anche in virtù dello sforzo argomentativo profuso su concetti per certi versi evanescenti⁵⁶.

Come si vedrà, la sentenza insegna che in tema di accomodamenti ragionevoli esiste un obbligo di impiego della *ragionevolezza* nella condotta datoriale, controllabile in giudizio; cosa che in linea di massima si ritiene non sussistere con riferimento alla generalità degli atti del datore di lavoro.

Il Collegio – posto di fronte al ricorso di un'azienda contro un soggetto divenuto inidoneo alle mansioni e il cui licenziamento era stato già annullato in primo e secondo grado con condanna alla reintegrazione – opera in primo luogo una ricostruzione delle fonti normative applicabili al caso di specie (nel quale l'afferenza della condizione psicofisica del lavoratore all'area della disabilità era pacifica), propendendo per la nozione ampia di disabilità e identificando chiaramente il punto di caduta della legittimità o meno del licenziamento (*id est* della sussistenza o meno del g.m.o.) nella necessaria preventiva adozione di accomodamenti *ragionevoli e proporzionati* da parte del datore di lavoro, onerato di dimostrare di aver fatto tutto il possibile per trovare all'interno della propria organizzazione aziendale una occupazione adeguata per il lavoratore divenuto inidoneo, fermo soltanto il limite «non valicabile del pregiudizio a situazioni soggettive che assumano la consistenza di diritti soggettivi altrui»⁵⁷, ma con il dovere di effettuare comunque una comparazione

⁵⁵ In *questionegiustizia.it*, 24 maggio 2021, con nota di E. TARQUINI, *Oltre un intangibile confine: principio paritario, ragionevoli accomodamenti e organizzazione dell'impresa. Nota a Cass. 6497/2021*; in *Lav. dir. Europa*, 2021, 3, con nota di R. DIAMANTI, *Gli accomodamenti ragionevoli nel licenziamento per inidoneità sopravvenuta tra indicazioni di metodo e concrete valutazioni*; in *Lav. prev. oggi*, 2021, 5-6, 372 ss., con nota di M. GASPARRO, *Ancora sugli accomodamenti ragionevoli*. Questa sentenza fa un chiaro passo in avanti anche rispetto a Cass. 23 febbraio 2021, n. 4896, di pochi giorni precedente e molto simile nello sviluppo argomentativo alla pluri-citata Cass. n. 6798/2018.

⁵⁶ Secondo R. DIAMANTI, cit., 9 dell'estratto scaricabile in pdf, la Corte ha provato a «definire l'indefinibile».

⁵⁷ Cfr. parte finale del punto 5.4 della motivazione.

delle posizioni soggettive (oltre che fra datore e lavoratore coinvolto) anche fra il lavoratore inidoneo e gli altri lavoratori.

La pronuncia fa apertamente i conti con un legislatore che «ha deliberatamente scelto di trasporre nell'ordinamento interno la formula delle fonti sovranazionali affidandosi ad una nozione a contenuto variabile che ha come caratteristica strutturale l'indeterminatezza». Questo è l'accomodamento ragionevole per la Cassazione: una misura organizzativa che va concretizzata caso per caso, in quanto la verifica sul rispetto del dovere di adozione degli adattamenti si riempie di contenuti solo in concreto in relazione alla specifica situazione data e al bilanciamento possibile in quel contesto.

In questi termini l'obbligo di accomodamenti incide sulla latitudine del potere di recesso del datore, riducendone lo spazio in maniera mirata e ragionevole, secondo un canone di appropriatezza che deve garantire la *parità di trattamento sostanziale* (e non solo formale) del disabile rispetto a tutti gli altri con riguardo alla protezione della salute, ma anche alla garanzia occupazionale e alla tutela delle professionalità coinvolte⁵⁸. Il tutto tenendo presente che le mansioni di destinazione del lavoratore divenuto inidoneo potrebbero essere anche inferiori.

Inoltre, poiché non «spetta al lavoratore, o tanto meno al giudice, individuare in giudizio quali po[ssano] essere le possibili modifiche organizzative appropriate e ragionevoli idonee a salvaguardare il posto di lavoro», la sentenza non formula esempi concreti, soffermandosi più lungamente sulle formule di ragionevolezza e proporzionalità (su cui si tornerà nel prossimo paragrafo).

In questa sede, però, è ben possibile ricordare che costituiscono soluzioni possibili – ossia «misure efficaci e pratiche» (cfr. considerando 20 della direttiva) – la sistemazione dei locali, l'adattamento delle attrezzature, l'acquisto di nuovi strumenti tecnologici, la revisione dei ritmi di lavoro e dell'orario, la modifica della sede, la diversa ripartizione dei compiti, la fornitura di nuovi mezzi di formazione etc.

Infine, prima di analizzare più da vicino il punto di equilibrio dell'onere datoriale, giova ricordare che l'emergenza pandemica ha arricchito il panorama dei possibili accomodamenti ragionevoli cui fare ricorso. Il rischio di contagio da Sars Cov 2, infatti, ha rappresentato un pericolo più grave per i soggetti fragili, fra i quali, di norma, rientrano i disabili. Il legislatore, nel prevedere che lo *smart working* emergenziale fosse riconosciuto in via preferenziale

⁵⁸ Nelle parole della Corte, «occorrerà soppesare gli interessi giuridicamente rilevanti delle parti coinvolte: l'interesse del disabile al mantenimento di un lavoro confacente con il suo stato fisico e psichico, in una situazione di oggettiva ed incolpevole difficoltà...».

ai lavoratori fragili (per i quali di fatto sussisteva un diritto soggettivo perfetto al lavoro a distanza, salva la compatibilità della prestazione con questa modalità⁵⁹), ha implicitamente tipizzato, sia pure in un contesto contingente e non (ancora) strutturale, un modello di adattamento ragionevole⁶⁰, la cui diffusione, prima del 2020, era ancora fortemente limitata⁶¹.

3.2. *Il bilanciamento in concreto: fra ragionevolezza e proporzionalità*

Individuare con esattezza la soglia oltre la quale il datore non è tenuto ad implementare gli adattamenti organizzativi, in quanto sproporzionatamente gravosi, è *sempre* operazione complessa⁶², ma ai sensi dell'art. 3, comma 3 *bis*, del d.lgs. n. 216/2003 (integrato dalla normativa europea e dalla UN-CRPD), i parametri dell'obbligo datoriale di adattamento dell'organizzazione sono due e sono distinti: vi è anzitutto la ragionevolezza, poiché *ragionevole* è l'aggettivo che qualifica l'accomodamento. In secondo luogo vi è la non sproporzionalità.

La ragionevolezza, ad avviso della Cassazione⁶³, deve essere ricondotta al generale canone di correttezza e buona fede che dà la misura dell'esecuzione dei rapporti giuridici obbligatori, avendo anche riguardo dei controinteressati, fra cui ci sono gli altri lavoratori⁶⁴, e della natura dell'attività di impresa.

⁵⁹ Su questo dibattito, nel periodo più delicato dell'anno 2020, v. *ex multis* I. ALVINO, *È configurabile un diritto del lavoratore al lavoro agile nell'emergenza COVID-19?*, in *Giustizia Civile.com*, 8 aprile 2020; S. D'ASCOLA, *Il lavoro a distanza come diritto? Sui 700 dell'emergenza (e sulla normalizzazione del lavoro agile)*, in *questionegiustizia.it*, e M. TUFO, *Il lavoro agile (dell'emergenza) esordisce in giurisprudenza: come bilanciare gli interessi in gioco nell'era della pandemia?*, in *Lav. dir. Europa*, 2020, 2.

⁶⁰ Cfr. A. ZILLI, *Il lavoro agile per Covid-19 come "accomodamento ragionevole" tra tutela della salute, diritto al lavoro e libertà di organizzazione dell'impresa*, in *Labor*, 2020, 533 ss. (qui spec. 538 ss.), a commento di due decreti concessi d'urgenza (casualmente nello stesso giorno): Trib. Bologna 23 aprile 2020, e Trib. Grosseto 23 aprile 2020.

⁶¹ Cfr. L. NOGLER, *Gli spazi di lavoro nelle città tra innovazioni tecnologiche e "regressioni" interpretative*, in A. OCCHINO (a cura di), *Il lavoro e i suoi luoghi*, Vita e Pensiero, Milano, 2018, 27.

⁶² V. per tutti E. GRAGNOLI, *Il licenziamento, la giusta causa e il giustificato motivo*, in E. GRAGNOLI (a cura di), *L'estinzione del rapporto di lavoro subordinato*, in M. PERSIANI e F. CARINCI (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, vol. V, Cedam-Wolters Kluwer, Milano, 2017, 385 per approfondimenti e ulteriori indicazioni.

⁶³ Trattasi sempre di Cass. n. 6497/2021, cit.

⁶⁴ Secondo E. TARQUINI, *Oltre un intangibile confine*, cit., si tratta del contemperamento «dell'interesse del lavoratore disabile, non con quello del datore di lavoro (che appare adeguatamente tutelato dal richiamo alla sproporzionalità dei costi, in quanto sono i costi a misurare

In particolare, si deve ritenere doveroso incidere sull'organizzazione imprenditoriale determinata dal datore se questo non snatura l'attività stessa e si può inoltre modificare la prestazione di altri lavoratori (ad esempio con uno scambio di mansioni o una rotazione) se questo non ne lede la professionalità, né sacrifica l'interesse di questi ultimi in maniera superiore a un grado ordinario di tollerabilità (come accadrebbe ad esempio imponendo un trasferimento di altro lavoratore presso una sede molto più distante dalla propria abitazione).

La non sproporzione, invece, attiene prevalentemente al piano economico (cfr. considerando 21 della direttiva), ossia al costo che il datore deve sostenere per adottare la misura di adattamento, anche se non si può escludere a priori una declinazione della proporzionalità anche in senso organizzativo.

Per valutare la proporzionalità del sacrificio esigibile da parte del titolare dell'organizzazione imprenditoriale è possibile impiegare parametri soggettivi e oggettivi⁶⁵. I parametri soggettivi si riflettono sul soggetto obbligato (il datore). Alla stregua di questi per valutare la proporzionalità di un costo si può tenere in considerazione il numero complessivo di dipendenti, la dimensione dell'azienda, il rapporto fra il fatturato e l'utile di bilancio, eventuali situazioni di crisi dell'azienda etc.

I parametri oggettivi, invece, si riflettono sul soggetto protetto (il lavoratore portatore del fattore) e possono riguardare, per esempio, la possibilità di ottenere finanziamenti pubblici per l'adattamento del posto di lavoro di quello specifico dipendente (si pensi ai fondi di cui al d.lgs. n. 151/2015).

La sentenza n. 6497, peraltro, sviluppa un'osservazione forse non totalmente condivisibile laddove⁶⁶ sostiene che la sproporzione sarebbe in qualche misura il primo limite e la ragionevolezza sarebbe «limite ulteriore perché dotato di autonoma valenza letterale, atteso che se l'unica ragione per esonerare il datore di lavoro dal porre in essere l'adattamento fosse l'onere “sproporzionato”, allora non sarebbe stato necessario aggiungere il “ragionevole”», infatti – prosegue la Corte – «se può sostenersi che ogni costo sproporzionato [...] renda l'accomodamento di per sé irragionevole, non è necessariamente vero il contrario, perché non può escludersi che, anche in presenza di un costo soste-

l'utilità e il sacrificio di un'azione in un'organizzazione legittimamente diretta alla realizzazione di profitti, quale è l'impresa), quanto con quello degli altri lavoratori coinvolti e oltre l'ambito sicuro della tutela delle loro posizioni di diritto soggettivo».

⁶⁵ Cfr. la chiara esposizione di D. GAROFALO nell'ambito del *webinar* dal titolo *Prevenzione, tutele e reinserimento lavorativo nel prisma degli accomodamenti ragionevoli*, cit.; dello stesso autore v. anche ID., *La tutela del lavoratore disabile*, cit., spec. 1228 ss.

⁶⁶ All'inizio del punto 5.4 della motivazione.

nibile, circostanze di fatto rendano la modifica organizzativa priva di ragionevolezza».

Ebbene, pur impregiudicata l'incontrovertibilità della conseguenza predicata dalla Corte nel secondo virgolettato, non pare affatto che la ragionevolezza *si aggiunga* alla non sproporzione, essendo semmai vero il contrario, anche per la collocazione sintattica delle due espressioni all'interno delle fonti. Del resto l'appiglio (anche economico) della sproporzione può aiutare a dare un contenuto al giudizio di ragionevolezza del caso concreto, che è però quello primario, di talché un adattamento che appaia già irragionevole non sul piano economico (ad esempio perché sacrifica in misura intollerabile i diritti di altri lavoratori) non può nemmeno accedere alla valutazione di proporzionalità, trovandosi la strada sbarrata con riferimento al primo criterio⁶⁷.

In tutti i casi, come si può intuire, l'operazione richiede un particolare sforzo nell'istruttoria da parte del giudice di merito⁶⁸, chiamato a verificare internamente le valutazioni imprenditoriali in termini assai più penetranti di quanto accade con riferimento ad altri istituti.

4. *La prospettiva costituzionale e la tutela della salute fra vecchio e nuovo art. 41*

Alle spalle della tematica sin qui trattata, si agita, come sempre, la dialettica fra alcuni principi di rango costituzionale. A questo proposito, si proverà di

⁶⁷ Condivide qualche perplessità sulla collocazione di ragionevolezza e proporzionalità, ancorché non nei medesimi termini qui proposti, anche R. DIAMANTI, *Gli "accomodamenti ragionevoli" nel licenziamento*, cit., 11 ss., ad avviso del quale la Corte si pone in quel frangente argomentativo «su un crinale molto delicato». L'autore sviluppa poi la propria riflessione con numerosi richiami e con la suggestiva prefigurazione, in chiusura, dell'impiego dell'istituto dell'abuso del diritto con riguardo all'esercizio del potere di recesso non assistito dalla previa predisposizione degli accomodamenti ragionevoli, laddove essa è dovuta.

⁶⁸ Come sembra essere stato correttamente fatto, fra le altre, da Trib. Milano, 24 dicembre 2019, in *Labor*, 2020, 3, 349 ss., con nota di S. MAGAGNOLI, *Il licenziamento per disabilità sopravvenuta: i nuovi limiti al potere di recesso datoriale alla luce degli «accomodamenti ragionevoli»*. Molto approfondita (quasi esemplare) anche Trib. Ravenna, 22 giugno 2021, inedita a quanto consta, ma facilmente reperibile sui portali web informativi. Molto interessante anche Trib. Firenze, 19 marzo 2020, parimenti inedita a quanto consta, ove la vicenda si colloca nell'ambito di un appalto: nel caso concreto, il giudicante esclude che l'appaltatore (datore del soggetto protetto) possa trincerarsi dietro la presunta titolarità in capo all'appaltante del potere organizzativo di modifica dell'orario (modifica nella quale poteva consistere l'adattamento) o dietro il dissenso di quest'ultimo.

seguito a svolgere alcune brevi riflessioni sul ruolo dell'art. 41 Cost. con riferimento agli accomodamenti ragionevoli, a partire dalla formulazione che esso ha avuto sino alla primavera del 2022, per poi giudicare l'impatto della recente riforma. L'art. 41, infatti, era ovviamente relevantissimo *in subiecta materia* già prima della modifica: il divieto di contrasto con «la sicurezza, la libertà e la dignità umana» ha sempre postulato nelle interpretazioni più avanzate una centralità della protezione della persona ad ampio raggio quale vincolo della libertà di impresa. L'art. 41⁶⁹ (commi 1 e 2) stabilisce infatti che «L'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana». L'assegnazione di “*fini sociali*” all'attività economica è patrimonio comune del costituzionalismo democratico-sociale del secondo novecento e richiede una legislazione e un intervento dello stato nel sistema economico allo scopo di perimetrare entro alcune coordinate essenziali l'iniziativa imprenditoriale, con una consistenza variabile nel corso del tempo.

Il limite dell'*utilità sociale* ha natura elastica⁷⁰ e non chiarisce immediatamente a quale tipo di vincoli può condurre nel quadro del governo democratico dell'economia. Oltre all'utilità sociale – nell'art. 41 vecchio testo – sono contemplati i limiti della sicurezza, della libertà e della dignità dell'uomo. La *dignità*, proprio per la sua genericità⁷¹, può avere grande ampiezza. Da essa infatti difficilmente si possono ricavare positivamente specifici diritti, ma nell'interpretazione della Consulta la dignità è «un parametro di valutazione delle leggi regolatrici degli imprenditori verso i prestatori di lavoro subordinato»⁷².

⁶⁹ V. almeno A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. dir.*, vol. XXI, Giuffrè, Milano, 1971, 582-610; M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Cedam, Padova, 1983; O. CHESSA, *La costituzione della moneta. Concorrenza, indipendenza della banca centrale, pareggio di bilancio*, Jovene, Napoli, 2016; F. GALGANO, *sub Art. 41*, in G. BRANCA (diretto da), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, Zanichelli, 1982, 1-68; L. CASSETTI, *sub Art. 41*, in F. CLEMENTI, L. CUOCOLO, F. ROSA, G.E. VIGEVANI (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo. Vol. I. Principi fondamentali e Parte I – Diritti e doveri dei cittadini (Artt. 1-54)*, Il Mulino, Bologna, 2016, 267 ss.; aggiornato al nuovo testo della disposizione (su cui v. *infra*) è invece il commento di C. ZOLI, G. CENTAMORE, *sub Art. 41, Cost.*, in R. DE LUCA TAMAJO, O. MAZZOTTA (diretto da), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Cedam-Wolters Kluwer, Milano, 2022 (in corso di stampa).

⁷⁰ Così L. CASSETTI, *sub Art. 41*, cit., 267.

⁷¹ Cfr. V. FERRANTE, *Dignità dell'uomo e diritto del lavoro*, in *Lav. dir.*, 2011, 201 ss. V. inoltre O. MAZZOTTA, *La dignità umana come diritto fondamentale e il sistema delle fonti*, in *Quest. lav.*, 2011, 1 ss., anche in <http://archiveciberpublishing.cineca.it/article/download/9848/9169>.

⁷² Corte Cost. 4 marzo 1992, n. 81, in *giurcost.it*. Cfr. anche le considerazioni di V. FER-

Sicurezza, libertà e dignità, unitamente al fine sociale, debbono considerarsi nel complesso come una “tabella dei limiti” in cui si iscrivono (potenzialmente tutti) gli istituti del diritto del lavoro⁷³, alla luce della diretta attinenza che la salvaguardia di questi valori ha con l’integrale protezione della persona, che nel rapporto di lavoro è implicata.

La disposizione, però, non ha goduto di notevole fortuna presso i giuslavoristi. Essa, infatti, è dedicata alla libertà di impresa ed è stata a lungo considerata la base più che altro per gli interventi in materia di diritto commerciale e di concorrenza⁷⁴.

Pertanto, anche in virtù del fatto che il fondamento per la tutela del lavoro può agevolmente essere recuperato attingendo agli artt. da 1 a 4 e da 35 a 40, nell’art. 41 l’opinione maggioritaria ha ritenuto di rinvenire solo un “limite esterno” alla libertà di impresa, come tale non tipicamente giuslavoristico (ossia riguardante l’esercizio dei poteri imprenditoriali verso l’interno, ma proiettato sugli equilibri del mercato e le esternalità in esso prodotte).

Si temeva, infatti, che, qualificando i dettami dell’art. 41 come un “limite interno”, si potesse addivenire ad una forma di *funzionalizzazione* dell’impresa, nei confronti della quale la dottrina prevalente è tradizionalmente scettica. Come noto, alcuni autori⁷⁵ in passato hanno però ritenuto che l’art. 41, norma precettiva⁷⁶, potesse essere il perno della costituzione sociale e della tutela dei lavoratori, rimanendo in minoranza e ricevendo forti critiche⁷⁷. Si diceva allo-

RANTE, *Direzione e gerarchia nell’impresa (e nel lavoro pubblico privatizzato)*. Art. 2086, in P. SCHLESINGER, F. D. BUSNELLI (diretto da), *Commentario al codice civile*, Giuffrè, Milano, 2012, 159 ss.

⁷³ Cfr. G.G. BALANDI, *Della funzione umile del diritto del lavoro e del suo insegnamento*, in *Stud. iuris*, 2018, 11, 1309. Si è detto anche che «la norma costituzionale fissa le regole per il governo di un assetto capitalistico a sistema misto, entro cui è però possibile costruire un reticolo normativo per il quale il profitto e la appropriazione privata del prodotto sociale siano ricondotti a vincoli definiti di salvaguardia dei controinteressi»: così L. MARIUCCI, *Il lavoro decentrato. Discipline legislative e contrattuali*, Franco Angeli, Milano, 1979, qui 159 (ma v. 157-160).

⁷⁴ Cfr. L. CASSETTI, *sub Art. 41*, cit., 268 ss.

⁷⁵ Il riferimento è principalmente a C. MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione* (1954), ora in AA.VV., *Costantino Mortati e “il lavoro nella Costituzione”: una rilettura*, Giuffrè, Milano, 2005, 7-102 e a U. NATOLI, *Limiti costituzionali dell’autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1954.

⁷⁶ Specie nella visione di U. NATOLI, *op. ult. cit.*

⁷⁷ G. MINERVINI, *Contro la funzionalizzazione dell’impresa privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, I, 618 ss., ove ulteriori riferimenti. Questo autore riteneva che i limiti di cui al secondo comma dell’art. 41 Cost. non fossero limiti di carattere “funzionale” e che la nozione di *utilità sociale* dovesse essere letta alla luce del carattere compromissorio e convenzionale dell’intera Carta.

ra che si opponevano all'idea della funzionalizzazione l'impossibilità di considerare come precettivo l'art. 41 e l'arbitrarietà del controllo sulla sfera di libertà dell'imprenditore che avrebbe potuto derivarne, anche in virtù del fatto che l'imprenditore sarebbe l'unico in grado di valutare correttamente il proprio interesse⁷⁸. Inoltre, il principio di libera concorrenza, riconducibile all'art. 41, non poteva contenere al suo interno un contraltare così penetrante e così indeterminato.

Molto è cambiato dal tempo di quei dibattiti: l'ordinamento integrato ha assunto nuove direttrici e le dinamiche di accumulazione della ricchezza connesse all'impresa si sono evolute e intensificate. L'art. 41, però, ha sempre contenuto anche il canone inverso della libertà d'iniziativa economica, richiamandone i precisi limiti invalicabili. La sua saldatura con l'art. 32 ne ha fatto tradizionalmente il fondamento del dovere di tutela della salute (individuale e collettiva) dei lavoratori, al quale è naturalmente riconducibile anche la necessaria adozione degli accomodamenti ragionevoli.

Senonché, in forza di una mutata sensibilità politico-sociale su alcune grandi questioni del nostro tempo, nonché sulla scorta di una serie di vicende, fra cui quella, lunga e drammatica, occorsa all'Ilva di Taranto⁷⁹, il Parlamento nel 2022 ha definitivamente approvato⁸⁰, con il procedimento aggravato di revisione costituzionale, una modifica dell'art. 41, comma 2 (l. costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1). Esso oggi recita: «...non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno *alla salute*, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana».

Salute e ambiente, insomma, sono stati addirittura anteposti allo storico tritico di sicurezza, libertà e dignità. La protezione della salute è perciò oggi, dopo la più vaga formula dell'utilità sociale, il primo confine che incontra chiunque voglia esercitare un'attività economica produttiva⁸¹.

⁷⁸ Così G. DE FERRA, *L'interesse dell'impresa: variazioni sul tema*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, I, 372 ss.

⁷⁹ Riconducono a queste vicende le ragioni della modifica anche C. ZOLI, G. CENTAMORE, *Sub art. 41*, cit., anche alla luce della giurisprudenza costituzionale formatasi su quella vicenda. Per un approfondimento v. anche la Sez. I del Cap. III di S. BUOSO, *Principio di prevenzione e sicurezza sul lavoro*, Giappichelli, Torino, 2020.

⁸⁰ Cfr. *Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente*, dossier predisposto congiuntamente dal Servizio Studi dei due rami del Parlamento per l'esame in assemblea, datato 7 febbraio 2022 e disponibile al link: <https://documenti.camera.it/Leg18/Dossier/Pdf/AC0504c.Pdf>.

⁸¹ Sul fatto che la sequenza non sia casuale – e che il legislatore costituzionale responsabile della riforma abbia volutamente *anteposto* salute e ambiente agli altri vincoli, v. L. CASSETTI,

Come si è recentissimamente osservato, «il nuovo dettato costituzionale sembra voler consolidare il principio di responsabilità dell'impresa in una duplice direzione: da un lato, rende meno aleatorio il bilanciamento (o meglio, l'equilibrio) tra i valori e gli interessi evocati dall'art. 41, comma 2, Cost.; dall'altro lato, stabilisce in modo più esplicito e univoco i condizionamenti imposti all'iniziativa economica privata, in modo coerente con l'interpretazione fornita dai giudici costituzionali»⁸².

Si tenga inoltre presente che l'incrocio storico fra la perdurante crisi dello Stato sociale e l'emergenza pandemica globale in questo biennio ha già stimolato da più parti una riflessione sulla necessità di collocare la tutela della salute al cuore delle risposte da fornire alla fragilità delle comunità umane che la pandemia (ma anche la guerra) ha(nno) evidenziato⁸³.

Esiste una connessione specifica di questa novità con il dovere di adozione di accomodamenti ragionevoli quale limite al potere di recesso? Si cercherà di delinearla nel prossimo paragrafo a mo' di conclusione.

4.1. Conclusione sull'adattamento ragionevole come limite interno all'iniziativa economica privata

Ancora sul ruolo dell'art. 41 Cost. bisogna quindi attestarsi per descrivere in quali termini esso possa limitare dall'interno il contenuto e i margini di espansione dell'iniziativa economica. Occorre farlo anzitutto tenendo presente che, come anche risalente dottrina evidenzia⁸⁴, tale disposizione costituzionale non si limita, nel secondo comma, a salvaguardare l'esigenza della parte più debole del rapporto (chi è, dialetticamente, interlocutore del titolare del capitale)⁸⁵, ma recepisce specifici interessi sociali, elevandoli a interessi pubblici.

Ciò significa che la tutela della salute, inserita nell'art. 41, è anzitutto, in

Riformare l'art. 41 della Costituzione: alla ricerca di "nuovi" equilibri tra iniziativa economica privata e ambiente?, in *federalismi.it*, n. 4/2022, 2 febbraio 2022, 197.

⁸² P. TULLINI, *La responsabilità dell'impresa*, in *Lav. dir.*, 2022, 2, 358.

⁸³ Assume questa prospettiva – proiettando le responsabilità di coltivarla, in sede teorico-culturale, sul Costituzionalismo comparato e, in sede istituzionale, sull'Europa comune, G. CORDINI, *Crisi dello Stato sociale e tutela della salute: ultima sfida per l'Unione Europea?*, in *Dir. pub. comp. ed eur.*, 2020, 2, 479 ss.

⁸⁴ Il riferimento è a R. CORRADO, *Il contratto di lavoro. Aspetti dell'evoluzione del sistema del diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1962, 198 ss.

⁸⁵ Come riteneva invece, fra gli altri, C. MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, in *Dir. lav.*, 1954, I, 149 ss., qui 178.

assenza di specificazioni, da intendersi come salute pubblica, cioè come salute quale bene diffuso. La tutela della salute dei lavoratori rappresenta certamente un interesse sociale (riferibile a tutti i soggetti che, operando nelle imprese, mettono in gioco la propria persona ed espongono a rischi la propria salute) che diviene però interesse pubblico, perché l'intera società trae giovamento dal fatto che un maggior numero di persone vivano in modo sano e godano di un certo grado di benessere esistenziale. È ciò che esattamente indica l'art. 32 Cost. parlando di "interesse della collettività". La saldatura fra le indicazioni inerenti all'*in sé* del valore costituito dalla tutela della salute (provenienti dall'art. 32) e la sua collocazione all'interno dei controllimiti di cui all'art. 41 richiede che la protezione della salute dei lavoratori costituisca un *limite originario* dell'esercizio della libertà di impresa: non si dà *mai* impresa senza tutelare la salute.

Di tutta evidenza è inoltre che tale postulato ha una valenza originaria ("genetica"), ma anche evolutiva ("funzionale"), di talché l'esercizio dei poteri organizzativi attribuiti al datore deve *costantemente* misurarsi con i vincoli dell'art. 41: non è un caso che, anche con riferimento al licenziamento per g.m.o. *tout court*, nella galassia di opinioni, più o meno vicine all'idea del medesimo come *extrema ratio*, il punto di riferimento costituzionale sia inevitabilmente costituito dalla valenza che si attribuisce alla disposizione costituzionale in parola⁸⁶.

Pertanto, in una ipotesi particolarmente delicata di licenziamento, dove il rischio di lesione di diritti fondamentali della persona (disabile) è massimo, indubbiamente la collocazione della salute all'interno dell'art. 41 ha una forte incidenza: *nessun* potere imprenditoriale, infatti, potrà nemmeno sorgere e poi estrinsecarsi in contrasto con questo bene protetto, che lo limita dall'interno. Beninteso: nessuno sarebbe così ingenuo da ritenere che i rapporti economici materiali si sviluppino *ab origine* e di necessità secondo giustizia (o meglio, secondo *il* modello di giustizia che una determinata società sceglie di darsi). Crederlo sarebbe panglossiano, tuttavia è anche vero che il «diritto materiale del lavoro *conforma l'economia politica*, nella sua ambivalenza e nei suoi conflitti»⁸⁷

⁸⁶ Come ricorda fra gli altri A. DE GIUDICI, *Licenziamento economico, repechage e ragionevoli accomodamenti*, in *Giustizia Civile.com*, 11 dicembre 2020, 8 ss. dell'estratto pdf. In tema v. anche E. GRAGNOLI, *Il licenziamento, la giusta causa*, cit., spec. 291 ss. e, con sfumature diverse, V. SPEZIALE, *Il giustificato motivo oggettivo: extrema ratio o "normale" licenziamento economico?*, in A. PERULLI (a cura di), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, Giappichelli, Torino, 2017, spec. 132 ss.

⁸⁷ Così V. BAVARO, *Diritto del lavoro e autorità del punto di vista materiale (per una critica della dottrina del bilanciamento)*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2019, I, 175 ss., qui 200 (corsivo mio).

e dunque il principio di adozione obbligatoria dei ragionevoli adattamenti, assistito dal nuovo fondamento costituzionale, a tutti gli effetti ha esattamente la fisionomia di un vincolo di rango primario a presidio della persona, che starà poi al diritto positivo e giurisprudenziale far assistere da adeguate sanzioni. E questa è un'altra storia.