

DISABILITA' E DISCRIMINAZIONE: IL QUADRO DELLA NORMATIVA ITALIANA E SOVRANAZIONALE

di Pietro Lambertucci

Sommario. 1. Premessa. 2. La disciplina internazionale e la normativa comunitaria. 3. Il diritto interno nell'intreccio tra disabilità e discriminazione. 4. Rilievi conclusivi.

1.La presente indagine intende partire da una ricognizione del quadro delle fonti internazionali e comunitarie in materia di divieto di discriminazione, per verificarne l'impatto sul diritto interno ed in particolare, sulla "rilettura" della normativa di tutela dei disabili, la legge n. 69 del 1999 che. Incentivando il collocamento c.d. morato, da un lato mira a favorire il proficuo ingresso dei primi nell'impresa e, dall'altro, predispone una rete di protezione per il mantenimento dell'occupazione dei lavoratori comunque disabili. Nel contempo occorre verificare se le fonti sovranazionali possono offrire un'ulteriore sponda alle più recenti discipline nazionali di riforma delle conseguenze sanzionatorie del licenziamento illegittimo (la legge n. 92 del 2012, la legge "Monti – Fornero" e d.lgs. n. 23 del 2005, il decreto c.d. Renzi", di attuazione del *Jobs act.*).

2.Il ricco panorama internazionale e comunitario in materia di divieto di discriminazione per *handicap*, che si pone l'obiettivo anche dell'eliminazione degli ostacoli e dell'integrazione delle persone con disabilità, poggia su due significative tappe, rappresentate dalla direttiva comunitaria n. 78 del 2000, relativa alla parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, e sulla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità.

Sotto il primo versante l'art. 5 della direttiva prescrive l'adozione, in favore dei disabili e a carico dei datori di lavoro, di "soluzioni ragionevoli" per consentire agli stessi "di accedere ad un lavoro, di svolgerlo o di avere una promozione o perché possano ricevere una formazione" e, per l'individuazione delle medesime, occorre richiamare il *considerando* n. 20 della predetta direttiva.

Quest'ultimo, infatti, traccia le linee delle "soluzioni ragionevoli", che, in via meramente esemplificativa, si concretizzano in misure di "sistemazione" del luogo di lavoro in funzione dell'*handicap*, con riguardo alle attrezzature, ai ritmi di lavoro, alla ripartizione dei compiti e ai mezzi di formazione o di inquadramento.

Da qui si evince che le "soluzioni ragionevoli" attengono non solo alla predisposizione degli strumenti tecnici e di supporto, per adattare il "posto" di lavoro e superare, pertanto, le criticità dell'inserimento lavorativo del disabile, ma anche ai profili dell'organizzazione del lavoro e dell'inquadramento professionale, i quali rientrano nel potere gestionale del datore di lavoro. Quest'ultimo, infatti, anche sulla scorta del suo *ius variandi*, predispone l'organigramma aziendale (relativo a *tutti* i dipendenti) alla luce dei margini di utilizzabilità della prestazione lavorativa del disabile.

La stessa direttiva puntualizza che la "ragionevolezza" delle soluzioni per i disabili deve tener conto anche dell'onere finanziario, che non risulti sproporzionato per il datore di lavoro, scontando sia la presenza di strumenti di compensazione stabiliti dallo Stato membro (art. 5 della direttiva), sia la necessità di ampliare, comunque, l'ambito dell'indagine ad altri tipi di oneri, tenendo conto anche delle dimensioni e delle risorse finanziarie dell'impresa (*considerando* n. 21).

Sotto il secondo versante la Convenzione delle Nazioni Unite del 2006, sui diritti delle persone con disabilità (ratificata dall'Italia con la legge 3 marzo 2009, n. 18) si pone sulla scia della direttiva comunitaria in ordine agli "accomodamenti ragionevoli" da assicurare nei luoghi di lavoro (art. 27, primo comma, della Convenzione). Infatti l'art. 2 della Convenzione definisce gli "accomodamenti ragionevoli" come quelle modifiche ed adattamenti necessari ed appropriati, che non impongano un onere 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 le libertà fondamentali.

Il profilo più significativo attiene, peraltro, alla nozione di disabilità, alla cui stregua i soggetti disabili sono coloro i quali "hanno minorazioni fisiche, mentali, intellettuali o sensoriali a lungo termine che in interazione con varie barriere possono impedire la loro piena ed effettiva partecipazione nella società su base di eguaglianza con gli altri" (art. 1, secondo comma, della Convenzione).

Ora la nozione di disabilità, accolta dalla Convenzione, serve per interpretare anche la stessa nozione di *handicap*, non definita dalla direttiva comunitaria del 2000, come puntualizza la stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Sul punto la Convenzione costituisce il volano che consente alla Corte di includere nella nozione di *handicap* una condizione patologica causata da una malattia, diagnosticata come curabile o incurabile, qualora tale malattia comporti una limitazione, risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche, che, in interazione con barriere di diversa natura, possa ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su base di uguaglianza con altri lavoratori, e tale limitazione sia di lunga durata (così Corte di Giustizia 11 aprile 2013, C- 335/11 e C- 337/11, *HK. Danmark*.).

Nel contempo la stessa Corte di Giustizia estende il divieto di discriminazione diretta, previsto dalla direttiva, anche al caso in cui il datore di lavoro tratti un lavoratore, che non sia esso stesso disabile, in modo meno favorevole rispetto ad altro lavoratore in situazione analoga, a motivo della disabilità del figlio (così Corte di Giustizia 17 luglio 2008, C-303/06, *S. Coleman*).

Tale proiezione interpretativa della giurisprudenza comunitaria si avvale del testo della direttiva n. 78 del 2000, la quale declina il principio della parità di trattamento non in relazione ad una determinata categoria di persone, bensì sulla scorta dei *motivi* indicati dall'art. 1, il quale vieta ogni discriminazione fondata sulla *disabilità* (con riferimento, pertanto, anche ai familiari del soggetto disabile).

3.A questo punto è necessario valutare l'impatto del tracciato sovranazionale sulla disciplina interna di regolamentazione del lavoro dei disabili, partendo dal presupposto che l'art. 3, comma 3- *bis*, del d.lgs. n. 216 del 2003, di trasposizione della direttiva n. 78 del 2000, impone al datore di lavoro l'obbligo di predisporre gli accomodamenti ragionevoli per i disabili.

Sotto un primo profilo, relativo all'avviamento al lavoro, il collocamento mirato dei disabili, introdotto dalla legge n. 68 del 1999, ora si arricchisce di un nuovo capitolo, contenuto nell'art. 1 del d.lgs. n. 151 del 2015, laddove, tra le linee – guida che dovranno essere emanate dall'autorità amministrativa, si inserisce anche il principio dell'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 (art. 1, lett. d, d.lgs. cit.).

Inoltre un oggettivo rafforzamento del collocamento mirato è ora indubbiamente rappresentato dall'art. 44 del d.lgs. n. 286 del 1998, invocabile per il contrasto delle discriminazioni anche per *handicap*.

Infatti, il comportamento del datore di lavoro di rifiuto dell'assunzione del disabile potrebbe assumere un aspetto discriminatorio, se il licenziamento di quest'ultimo viene a poggiarsi sulla circostanza che la natura o il grado di menomazione non siano "compatibili" con le mansioni assegnate, ovvero con la tutela della salute o sicurezza degli altri lavoratori o con l'integrità degli impianti.

Ora il bilanciamento dei delineati interessi non può che avvenire sul piano dell'adozione dei c.d. accomodamenti ragionali; pertanto, solo *dopo* aver sperimentato inutilmente "soluzioni adeguate", per consentire l'inserimento del disabile nel contesto produttivo senza pregiudizio della salute e sicurezza, è possibile la mancata assunzione (o risoluzione del rapporto) di quest'ultimo.

Sotto un secondo profilo, e sul piano generale, la valorizzazione della capacità lavorativa (anche residua) del disabile, ai fini dell'instaurazione (o della prosecuzione) del rapporto di lavoro di lavoro, potrà essere verificata solo dopo aver adottato gli accomodanti ragionevoli, come insegna la stessa giurisprudenza comunitaria (così Corte di Giustizia 11 luglio 2006, C- 13/05, *Chacon Navas*).

In tale contesto riveste preliminare "centralità" la predisposizione degli "accomodamenti ragionevoli" che, sulla scorta del diritto comunitario, afferiscono anche all'organizzazione del lavoro ed incidono sul potere direttivo e gestionale del datore di lavoro. Ciò si evince anche dall'interpretazione dell'art. 10, terzo comma, della legge n. 68 del 1999, il quale, relativamente al caso di aggravamento delle condizioni di salute del disabile, impone al datore di lavoro di dar corso, prima di procedere alla risoluzione del rapporto di lavoro con quest'ultimo, ai "possibili adattamenti dell'organizzazione del lavoro", con una soluzione analoga, *ante litteram*, alle misure appropriate per i disabili di matrice comunitaria.

Le incertezze giurisprudenziali, che si registrano sul punto e che, viceversa, partono dal presupposto dell'"intangibilità" dell'organigramma aziendale e dal diritto degli altri lavoratori alla conservazione delle mansioni assegnate (v., per tutte, Cass. 7

marzo 2019, n. 6678) non tengono nel debito conto che il richiamato *considerando* n. 20 della direttiva comunitaria n. 78 del 2000 ricomprende, negli accomodamenti ragionevoli, anche i ritmi di lavoro, la ripartizione dei compiti, i mezzi di formazione e l'inquadramento e, alla luce della giurisprudenza comunitaria, anche la riduzione dell'orario di lavoro (così Corte di Giustizia 11 aprile 2013, cit.).

Allora ci troviamo all'interno dell'esercizio del potere direttivo e gestionale del datore di lavoro, che ora *deve* (in ottemperanza all'obbligo di adottare gli accomodamenti ragionevoli) distribuire le mansioni (tra tutti i dipendenti) in modo da far "spazio" all'utile inserimento lavorativo del disabile, con un'inevitabile alterazione dell'"organigramma aziendale". In tale contesto va anche sottolineato che la latitudine dello *ius variandi* del datore di lavoro, è stata ulteriormente implementata dalla rivisitazione, ad opera del *Jobs act.*, dell'art. 2103 del codice civile.

L'unico "limite" posto all'obbligo di predisporre gli accomodamenti ragionevoli risiede nell'onere finanziario, a carico del datore di lavoro, che non deve essere sproporzionato e che può realisticamente apprezzarsi più con riguardo agli strumenti tecnici e di supporto, afferenti all'ambiente di lavoro e all'adattamento della "postazione" di lavoro (onere finanziario che viene in parte compensato dallo Stato come nell'art. 14 della legge n. 68 del 1999). Spesso, senza costi eccessivi, è possibile una redistribuzione delle mansioni che possano consentire l'utile inserimento del disabile nel contesto produttivo.

Problema vivacemente discusso è quello che attiene al licenziamento del disabile, non tanto sotto il profilo del possibile licenziamento per giusta causa o giustificato motivo soggettivo, che non deve presentare profili di differenziazione di disciplina con gli altri lavoratori (*ex art. 10, primo comma, l. n. 68 del 1999*), salvo il controllo, da un lato, dell'eventuale inadempimento contrattuale in relazione al "grado" di capacità lavorativa posseduta dal primo (*ex art. 10, secondo comma, l. cit.*) e, dall'altro, del possibile carattere discriminatorio del recesso datoriale.

L'aspetto più delicato riguarda, viceversa, il licenziamento per giustificato motivo oggettivo, il quale infatti investe il problematico rapporto tra organizzazione aziendale e disabilità.

La questione è stata già affrontata dalla legge n. 68 del 1999 ed attiene al caso di aggravamento delle condizioni di salute o di significative variazioni dell'organizzazione del lavoro, le quali possono comportare la necessità di

“verificare” l’ulteriore proseguimento del rapporto di lavoro con il disabile (art. 10, terzo comma, l. cit.). In tali casi, come già ricordato, il rapporto di lavoro con il disabile può essere risolto solo qualora, pur essendo stati attuati i possibili adattamenti dell’organizzazione del lavoro, la commissione, di cui alla legge 5 febbraio 1992, n. 104, accerti la definitiva impossibilità di reinserire il disabile nel contesto produttivo (art. 10, terzo comma, ult. periodo, l. cit.).

Comunque l’inserimento della disciplina dei disabili all’interno del diritto antidiscriminatorio getta una nuova luce anche sul tormentato percorso del legislatore di riforma dell’art. 18 dello Statuto dei lavoratori, disposta dapprima dalla legge n. 92 2012 e poi ulteriormente “aggiustata” dal d.lgs. n. 23 del 2015.

In primo luogo - e in ordine temporale - la prima rivisitazione della norma statutaria aveva attratto, all’interno della reintegrazione “attenuata”, l’ipotesi del licenziamento carente di giustificazione, intimato ai sensi degli artt. 4, quarto comma, e 10, terzo comma, l. n. 68 del 1999, per motivo oggettivo, consistente nell’inidoneità fisica o psichica del lavoratore (art. 18, settimo comma, primo periodo, come introdotto dall’art. 1, comma 42, della legge l. n. 92 del 2012), mentre ora l’art. 2, quarto comma, del d.lgs. n. 23 del 2015 inserisce lo stesso licenziamento privo di giustificazione all’interno della tutela reintegratoria “forte”, che condivide con le altre fattispecie di licenziamenti discriminatori e nulli.

A questo punto si può già porre un problema di costituzionalità in ordine ai due diversi regimi di tutela che, per un verso, interessando soggetti ugualmente disabili, vengono poi a “differenziare” le misure sanzionatorie (a fronte di un licenziamento illegittimo), in ragione della data di assunzione del lavoratore (la tutela reale “forte” si applica solo ai lavoratori assunti, a far data dal 7 marzo 2015, con il contratto di lavoro subordinato a tutele crescenti) e, per altro verso, coinvolgono una diversificata platea di datori di lavoro, che prescinde, nell’art. 2, quarto comma, d. lgs. n. 23 del 2015, dal requisito occupazionale, richiesto, viceversa, per l’applicazione del regime della reintegrazione “attenuata”.

Se, peccato, la novella del 2012 ha “ritagliato” - in presenza di un licenziamento per giustificato motivo oggettivo - un regime *speciale* nel caso di licenziamento per inidoneità del lavoratore, è pur vero che, già all’interno del predetto quadro normativo, poteva rintracciarsi il carattere discriminatorio del licenziamento del disabile, non soltanto perché la discriminazione per *handicap* rientra tra le

fattispecie espressamente prese in considerazione dall'art. 15, secondo comma, dello Statuto dei lavoratori (e, pertanto, nel contesto della tutela reintegratoria "forte" ex art. 18, primo comma, dello Statuto), ma, soprattutto, per la collocazione sistematica all'interno dei divieti di discriminazione, sul piano del diritto comunitario, con le successive "ricadute" nel diritto interno ed, in particolare, in forza del già richiamato art. 3, comma 3-bis, d.lgs. n.216 del 2003 sugli "accomodamenti ragionevoli".

A questo punto il licenziamento del disabile, avvenuto senza adottare i necessari accomodamenti ragionevoli, si rivela come "carente di giustificazione" e, pertanto, discriminatorio, come tale riconducibile, già nel quadro legale introdotto dalla novella del 2012, all'interno della tutela reintegratoria "forte".

Ora il legislatore, con il d.lgs. n. 23 del 2015, compie un passo ulteriore sotto due profili: in primo luogo declina espressamente che il licenziamento del disabile si configura come un licenziamento *lato sensu* discriminatorio e, in secondo luogo, configura la nozione di disabilità nei termini ampi definiti a livello sovranazionale.

In particolare, sotto quest'ultimo versante, il soggetto disabile non è solo quello con una percentualizzazione di riduzione della capacità lavorativa, rientrante nel campo di applicazione della legge n. 68 del 1999, bensì anche colui il quale, secondo l'*iter* argomentativo sviluppato dalla giurisprudenza comunitaria, non sia più idoneo allo svolgimento delle mansioni assegnate, a fronte di una malattia che comporti una limitazione di lunga durata in ordine all'effettiva partecipazione del soggetto alla vita professionale sui base di eguaglianza con gli altri lavoratori (così Corte di Giustizia 11 aprile 2011, cit.)-

Tale opzione interpretativa, che viene ora recepita anche dalla giurisprudenza interna (v. per tutte, Cass. 21 maggio 2019, n. 13649), permette di adeguare la nozione di disabilità a quella accolta a livello sovranazionale e consente di dar conto del testo dell'art. 2, quarto comma, del d.lgs. n. 23 del 2015, Infatti, quest'ultimo individua, innanzitutto, il suo campo di applicazione nella disabilità fisica o psichica del lavoratore e poi utilizza l'avverbio "anche" per segnalare il difetto di giustificazione del licenziamento intimato nei confronti di un lavoratore disabile ricompreso, viceversa, nel campo di applicazione della legge n. 68 del 1999

4. Riannodando le fila conclusive del discorso occorre considerare che il “collegamento” tra la normativa di tutela dei disabili del 1999 e la disciplina antidiscriminatoria, di matrice sovranazionale, consente di raggiungere tre significativi risultati.

In primo luogo, per quanto attiene all’avviamento al lavoro, l’ombrello protettivo del diritto comunitario può costituire un oggettivo rafforzamento del collocamento c.d. mirato, per favorire l’inserimento lavorativo del disabile.

In secondo luogo gli “accomodamenti ragionevoli” costituiscono un passaggio necessario, il quale attraversa tutte le fasi di svolgimento del rapporto di lavoro e coinvolge anche chi si prende cura del soggetto disabile, in ragione del divieto di discriminazione fondato sulla disabilità (ai sensi anche dell’art. 2m, primo comma, del d.lgs. n. 216 del 2003).

In terzo luogo si aprono nuovi scenari per la protezione del lavoratore disabile e comunque inidoneo per malattia allo svolgimento delle mansioni assegnate, nella realistica rilevazione che il licenziamento deve costituire *l’extrema ratio*, allorchè il medesimo non possa essere altrimenti impiegato nel contesto produttivo.

