

# **Sergio Galleano**

## **Cassazione 6497/21 e le tutele dei lavoratori fragili, anche al tempo del Covid-19**

**Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi**

**Virus, stato di eccezione e scelte tragiche.**

**Le politiche del lavoro, economiche e sociali e la tutela dei diritti fondamentali nei tempi incerti dell'emergenza sanitaria e della crisi.**

**La costruzione di un nuovo diritto del lavoro.**

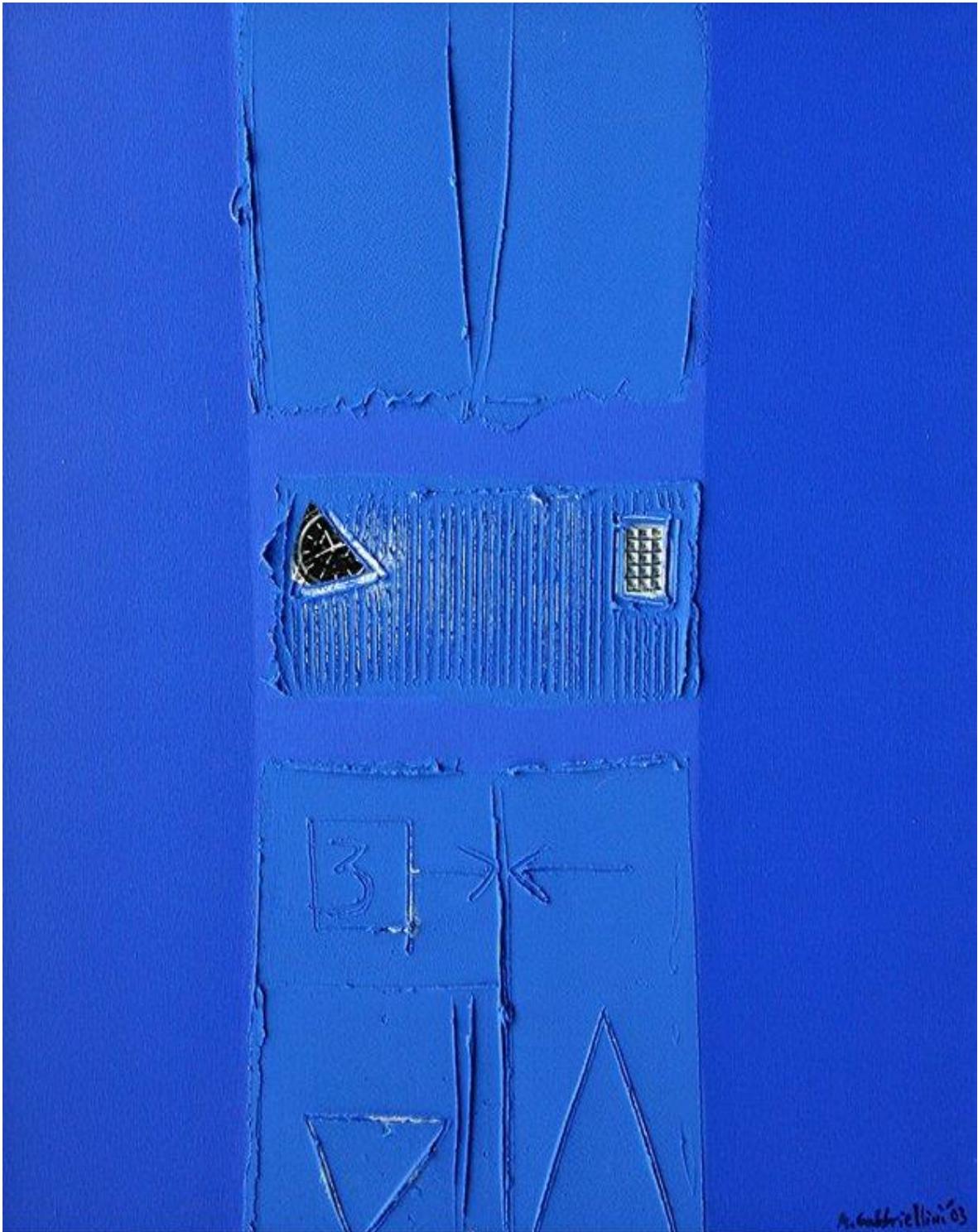
**Conversazioni sul lavoro a distanza**

**da agosto 2020 a marzo 2021**

*promosse e coordinate da* **Vincenzo Antonio Poso**

*Gruppo delle Conversazioni sul lavoro del Convento di San Cerbone*





Andrea Gabriellini, *Spazio/Tempo*, 2003 (Ciclo Frantumazioni)

# Sergio Galleano

## Cassazione 6497/21 e le tutele dei lavoratori fragili, anche al tempo del Covid-19

\*aggiornato al 14 maggio 2021

\* Il presente contributo è di prossima pubblicazione in [Europeanrights.eu](https://europeanrights.eu)

**Sommario:** 1. Brevi cenni sulla disabilità. 2. Gli interventi dell'Unione europea e dell'Onu. 3. La disabilità in Italia. 4. Dalla disabilità alla fragilità. 5. La sentenza in commento. 7. Osservazioni conclusive.

### 1. Brevi cenni sulla disabilità

In primis vi erano soprattutto i lavoratori disabili<sup>1</sup> che godono, come vedremo, di una fitta rete di protezione legale nel mondo del lavoro<sup>2</sup> la cui corretta applicazione si va via via ora chiarendo ed inizia a trovare piena applicazione.

La disabilità ha sempre accompagnato la storia dell'uomo<sup>3</sup> e, agli inizi della civiltà, chi ne era affetto veniva visto come un'anomalia da eliminare: *“Soffochiamo i nati mostruosi, anche se fossero nostri*

---

<sup>1</sup> In generale vedi: M.G. Bernardini, “Disabilità, giustizia, diritto. Itinerari tra filosofia del diritto e disability studies”, Giappichelli, 2016; A. Tamborrino, “Tutela giuridica delle persone con disabilità, Diritti e libertà fondamentali delle persone diversabili”, Key editore, 2019; G. Arconzo, “I diritti delle persone con disabilità. Profili costituzionali”, Franco Angeli 2020.

<sup>2</sup> C. M. Marchisio, N. Curto, “Diritto al lavoro e disabilità. Progettare pratiche efficaci”, Carocci editore, 2019; Angelica Riccardi, “Disabili e lavoro”, Cacucci, 2018; D. Mesiti, Diritto della previdenza sociale, Giuffrè, 2020, in particolare, capp. IV, V e VI; D. Garofalo, “La riforma del collocamento obbligatorio”, in M. Garofalo G.C. Lagala (a cura di), Collocamento e mercato del lavoro, De Donato, Bari, 1982, 229 ss.; D. Garofalo, “Il sostegno all'occupazione dei soggetti svantaggiati”, in Riv. dir. sic. soc., 2009, 1, 39 ss.; D. Garofalo, “Il sistema del collocamento obbligatorio tra tutela dell'invalide e tutela dell'impresa”, in Foro it., 1985, I, 536 ss.

<sup>3</sup> M. Schianchi, “Storia della disabilità. Dal castigo degli dèi alla crisi del welfare”, Carocci editore, Roma, 2012.

*figli. Se sono venuti al mondo deformati o minorati dovremo annegarli. Ma non per cattiveria. Ma perché è ragionevole separare esseri umani sani da quelli inutili...*”, scriveva Lucio Seneca<sup>4</sup>, filosofo.

Non diversamente era nell’antica Grecia, dove si distingueva tra disabilità congenita (considerata come un castigo degli dèi) e quella causata da incidenti, malattie o guerre (che suscitava pietà), “[u]no dei pochi casi, in cui la malattia congenita non rappresentava un marchio di diversità, di emarginazione e inferiorità era quello “del cieco che abita in Chio montagnosa: Omero. La leggenda narra che il poeta errabondo, al quale vengono attribuite le due opere di straordinario valore per la letteratura greca, l’Iliade e l’Odissea, fosse privo dalla nascita del dono della vista, poiché le muse scelsero di affidare a lui il dolce canto e di ispirarlo a poetare le gesta d’eroi, compensando così la sua disabilità”<sup>5</sup>.

L’avvento del cristianesimo iniziò a mutare l’atteggiamento sociale verso la disabilità<sup>6</sup>, ma le difficoltà economiche e sociali nel medioevo continuavano al ritorno all’emarginazione dei disabili<sup>7</sup>, sino alla fase illuministica che vede, all’inizio del Novecento, grazie a studiosi come Montessori, De Sanctis e Montesano, un nuovo approccio pedagogico ed antropologico<sup>8</sup>.

Dopo il periodo della degenerazione darwiniana<sup>9</sup>, sfociato nell’eugenetica nazista<sup>10</sup>, l’approccio al problema della disabilità è decisamente cambiato, soprattutto nel mondo occidentale, nel senso che si è iniziato a concepire e progettare una società che prevedesse in modo strutturale l’inserimento fattivo dei disabili nella vita sociale e, soprattutto, lavorativa.

La questione è poi stata concretamente affrontata, anche sotto il profilo normativo, solo negli ultimi anni del secolo scorso.

## 2. Gli interventi dell’Unione europea e dell’ONU

<sup>4</sup> Lucio Anneo Seneca, “De Ira”, libro I, in A Musio (a cura di), Pensa Multimedia, Lecce, 2013.

<sup>5</sup> A. Cortellini, “La società e i disabili. Dall’antichità ai giorni nostri”, su <https://anffascremona.files.wordpress.com/2014/12/tesi-annarosa-cortellini-la-societa-e-i-disabili.pdf>

<sup>6</sup> F.G. Tosto, “Ultimi o primi? «Infermi» e disabili nella storia sociale e letteraria del cristianesimo (età antica e medioevo)”, Istina editrice, Siracusa, 2012.

<sup>7</sup> Ma per una ricostruzione del tutto opposta, nel senso di un ruolo sociale dei disabili nelle società primitive, v. F Martini, L. Sarti, “Empatia e archeologia: la cura dei disabili nella preistoria sulla base della documentazione”, in “Studi e ricerche di preistoria e protostoria in onore di Giuseppa Tanda”, di R. Cicilloni e C. Lugliè (a cura di), Morlacchi editore, Perugia, 2021 e “Alle radici del prendersi cura: il contributo della bioarcheologia della sanità”, convegno webinar del 23 aprile 2021, su: <https://www.magazine.unimore.it/site/home/notizie/articolo820059376.html>.

<sup>8</sup> V. M. Cairo, V. Mariani, R. Zoni Confalonieri, “Disabilità ed età adulta. Qualità della vita e progettualità pedagogica”, Ed. Vita e pensiero, 2015.

<sup>9</sup> Darwin non accettò mai che la sua teoria dell’evoluzione della specie fosse utilizzata a giustificazione di regimi razzisti o fascisti: v. A. La Vergata, “Colpa di Darwin? Razzismo, eugenetica e altri mali”, Utet, Torino, 2009.

<sup>10</sup> M. Tregenza, “Purificare e distruggere. Vol. 1: Il programma «eutanasia». Le prime camere a gas naziste e lo sterminio dei disabili (1939-1941)”, Ombre corte, 2006; V. R. Domes, “Nebbia in agosto. La vera storia di Ernst Lossa, che lottò contro il nazismo”, Mondadori, 2017. L’impostazione degenerativa dell’eugenetica fu comune a molti altri paesi, sul punto v., diffusamente, Annarosa Cortellini, “La società e i disabili. Dall’antichità ai giorni nostri”, op. cit., pagg. 13 e segg.

L'Unione europea ha iniziato a occuparsi di disabilità<sup>11</sup> a partire dalla seconda metà degli anni Settanta. La prima risoluzione del Consiglio che raccomandava l'elaborazione di un Programma di azione per l'integrazione occupazionale e sociale delle persone con disabilità<sup>12</sup> risale al 1974. Sulla scorta di tale prima risoluzione, e fino agli inizi degli anni '90, furono sviluppati quattro programmi di azione principalmente volti a supportare gli Stati membri nel facilitare l'inserimento lavorativo e la formazione professionale delle persone con disabilità<sup>13</sup>.

Il 1996, con l'approvazione della Strategia della Comunità europea nei confronti delle persone con disabilità<sup>14</sup>, segna la prima vera svolta nell'azione europea.

Tale Strategia, rappresenta il primo riconoscimento della disabilità come ambito della politica europea in tema di inclusione e la prima vera affermazione della necessità di tutelare i diritti delle persone svantaggiate tramite una serie di azioni integrate e coordinate tra loro. La Strategia in questione si proponeva *“un più forte impegno a identificare e rimuovere i vari ostacoli che si frappongono alla parità di opportunità e alla piena partecipazione a tutti gli aspetti della vita”*<sup>15</sup>, e si connotava per un cambiamento di prospettiva ispirato dalle norme standard per le pari opportunità delle persone con disabilità<sup>16</sup> (approvate dalle Nazioni unite nel 1993) e dall'affermarsi del cosiddetto *“modello sociale della disabilità”*<sup>17</sup>, che concepisce la disabilità come conseguenza anche di fattori sociali e non solo come effetto della menomazione del singolo.

Il Trattato di Amsterdam, nel 1999, conferisce alla Comunità europea la possibilità di adottare misure volte a combattere le discriminazioni sulla base della disabilità (articolo 13 TCE, ora articolo 19 TFUE). Inoltre, a margine del trattato, viene approvata una dichiarazione allegata all'articolo 95 TCE (oggi articolo 114 TFUE), secondo la quale nell'elaborazione di misure per l'armonizzazione del mercato interno si deve tener conto *“delle esigenze delle persone con disabilità”*.

L'intervento legislativo più importante è comunque la Direttiva 2000/78/CE del Parlamento europeo, che disegna un quadro generale *“per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di impiego”*, concretizzando così il primo intervento legislativo europeo finalizzato a favorire l'accesso al lavoro delle persone con disabilità. Al divieto di discriminazione (tanto diretta quanto indiretta) e delle molestie in ragione della disabilità, e degli altri fattori di rischio (sesso, età, religione ed ogni altra condizione), la Direttiva prevede per la prima volta, nell'ambito dei rapporti di lavoro, l'adozione, a tutela del diritto al lavoro dei disabili, di accomodamenti ragionevoli da parte delle

---

<sup>11</sup> V., per una complessiva ricostruzione normativa, M. Cadonna, *“La lunga storia del concetto di disabilità nell'ordinamento dell'Unione europea”*, su [foro.europa.it](http://foro.europa.it), 2/2015.

<sup>12</sup> Priestley M, *In search of European disability policy: between national and global*, ALTER - Revue européenne de recherche sur le handicap, fasc 1, 2007, pp 61-74

<sup>13</sup> V. D Ferri, *“L'Unione europea e i diritti delle persone con disabilità: brevi riflessioni a vent'anni dalla prima ‘Strategia’”* su [Politiche.sanitarie.it](http://Politiche.sanitarie.it), Aprile-giugno 2017, Vol. 17, n. 2.

<sup>14</sup> Comunicazione della Commissione sulla parità di opportunità per i disabili, Una nuova strategia della Comunità europea nei confronti dei disabili, Bruxelles, 30 luglio 1996, COM(96)406 def

<sup>15</sup> Comunicazione della Commissione sulla parità di trattamento di opportunità per i disabili, Una nuova strategia della Comunità europea nei confronti dei disabili, Bruxelles, 30 luglio 1996, COM(96)406 def., Sintesi e conclusioni strategiche.

<sup>16</sup> Risoluzione dell'Assemblea generale delle Nazioni unite, n. 48/96 del 20 dicembre 1993

<sup>17</sup> Sul modello sociale si veda ex multis Barnes C, *“Capire ‘il modello sociale della disabilità’”* (trad. it. Di AD Marra), in *Intersticios. Revista Sociológica de Pensamiento Crítico*, vol 2, 1, 2008 al sito <http://www.intersticios.es/article/viewFile/2382/1893>

aziende finalizzati all'inserimento e all'utilizzo dei disabili nelle aziende, dei quali più oltre si tratterà, trattandosi dell'argomento trattato nella sentenza in commento.

Secondo l'art. 2 della Convenzione, per "accomodamenti" si intendono "le modifiche e gli adattamenti necessari ed appropriati" che si debbono adottare "per garantire alle persone con disabilità il godimento e l'esercizio, su base di uguaglianza con altri, di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali". Più in particolare, poi, l'art. 5 della direttiva dell'Unione, parla di "provvedimenti appropriati" del datore di lavoro, "in funzione delle esigenze delle situazioni concrete", per consentire ai disabili di accedere ad un lavoro e di continuare a svolgerlo.

Nel 2000, il Consiglio europeo di Nizza approva la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che comprende due disposizioni specificamente riguardanti la disabilità. L'articolo 21 afferma il principio di non discriminazione, mentre l'articolo 26 stabilisce che l'Ue *“riconosce e rispetta il diritto delle persone con disabilità di beneficiare di misure intese a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità”*.

Nel 2003, proclamato Anno europeo delle persone con disabilità<sup>18</sup>, viene poi approvato il nuovo Piano di azione europeo sulla disabilità (2004-2010)<sup>19</sup>, con l'obiettivo di completare l'attuazione della direttiva sulla parità di trattamento in tema di occupazione, di rafforzare l'integrazione dei disabili nei diversi ambiti delle politiche comunitarie e di migliorare la loro partecipazione alla società anche attraverso l'abbattimento delle barriere architettoniche<sup>20</sup>.

Dopo aver partecipato alla fase di negoziazione, l'Unione sottoscrive nel 2007<sup>21</sup> la UNCRPD<sup>22</sup>. La ratifica viene completata quasi tre anni dopo<sup>23</sup> completando il percorso di attuazione dell'Ue verso politiche per la disabilità ampie e inclusive. La Convenzione, diventata parte integrante del diritto dell'Ue, ha assunto rango 'sub-costituzionale'. In forza dell'articolo 216, paragrafo 2, TFUE, infatti, quando l'Unione europea conclude accordi internazionali, questi ultimi vincolano le sue istituzioni.

Alla Convenzione hanno aderito 175 Stati ed è la prima convenzione internazionale a cui ha aderito l'Unione europea. Ed è anche la prima a trattare nello specifico i diritti delle persone con disabilità. La disabilità viene riconosciuta nel preambolo della Convenzione come un concetto in evoluzione, e che essa è strettamente legata all'interazione tra persone con menomazione ed il resto della

<sup>18</sup> Decisione del Consiglio, del 3 dicembre 2001, relativa all'anno europeo dei disabili 2003.

<sup>19</sup> Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni - Pari opportunità per le persone con disabilità: un piano d'azione europeo, 30 ottobre 2003, COM(2003) 650 final.

<sup>20</sup> V. Amato, "L'eliminazione delle barriere architettoniche, ambientali e sociali all'integrazione delle persone. Elementi per un approfondimento e considerazioni minime", *Questione giustizia*, 3/2018.

<sup>21</sup> N. Curto C.M. Marchisio, "I diritti delle persone con disabilità. Percorsi di attuazione della convenzione ONU", Carocci, 2020; O. Osio P. Braibanti (a cura di), "Il diritto ai diritti. Riflessioni e approfondimenti a partire dalla Convenzione Onu sui diritti delle persone con disabilità", Franco Angeli, 2016.

<sup>22</sup> Convenzione sui diritti delle persone con disabilità e il suo Protocollo opzionale ( A / RES / 61/106 ), adottata il 13 dicembre 2006 presso la sede delle Nazioni Unite a New York ed è stata aperta alla firma il 30 marzo 2007. C'erano 82 firmatari della convenzione, 44 firmatari del protocollo facoltativo e 1 ratifica della convenzione. Questo è il numero più alto di firmatari nella storia di una Convenzione delle Nazioni Unite nel suo giorno di apertura. È il primo trattato globale sui diritti umani del 21 ° secolo ed è la prima convenzione sui diritti umani aperta alla firma delle organizzazioni di integrazione regionale. La convenzione è entrata in vigore il 3 maggio 2008.

<sup>23</sup> La ratifica è avvenuta con la Decisione del Consiglio 2010/48/EC del 26 novembre 2009, ma il deposito della ratifica presso le Nazioni unite è avvenuto solo il 23 dicembre 2010. V. D Ferri, "L'Unione europea e i diritti delle persone con disabilità: brevi riflessioni a vent'anni dalla prima 'Strategia'", op. cit..

popolazione e finalizzata a superare (oltre ai pregiudizi) le barriere comportamentali ed ambientali che impediscono la loro piena ed effettiva inclusione nella società su un piano di uguaglianza con gli altri. Di rilievo è che la nozione di “disabilità” non viene fissata una volta per tutte, ma può cambiare a seconda degli ambienti che caratterizzano le diverse società.

Successivamente alla ratifica del UNPRPD, la Commissione europea ha approvato la Strategia europea sulla disabilità 2010-2020, che si rifà alla precedente Strategia del 1996 e in estensione di quest’ultima, con l’obiettivo di “*mettere le persone con disabilità in condizione di esercitare tutti i loro diritti e di beneficiare di una piena partecipazione alla società e all’economia europea*”<sup>24</sup>.

### 3. La disabilità in Italia<sup>25</sup>

Anche l’Italia è intervenuta sul problema della disabilità contestualmente sin dagli ’60, con una laboriosa e faticosa evoluzione legislativa<sup>26</sup>.

Nel 1968, con la legge 482/68 si ha la prima legge organica sul collocamento obbligatorio dei disabili, ora sostituita dalla L. 12 marzo 1999, n. 68, intitolata “Norme per il diritto al lavoro dei disabili”.

Oltre alle agevolazioni per l’accesso al posto di lavoro<sup>27</sup>, la normativa sancisce il principio che “[i]l datore di lavoro non può chiedere al disabile una prestazione non compatibile con le sue minorazioni” (L. n. 68 del 1999, art. 10, comma 2), nel caso di aggravamento delle condizioni di salute del soggetto assunto come invalido tramite il collocamento obbligatorio, aggravamento tale da porre problemi di compatibilità con la prosecuzione dell’attività lavorativa, “il disabile ha diritto alla sospensione non retribuita del rapporto di lavoro fino a che l’incompatibilità persista” e “il rapporto di lavoro può essere risolto nel caso in cui, anche attuando i possibili adattamenti dell’organizzazione del lavoro, la predetta commissione (ora integrata con la commissione di cui alla L. n. 104 del 1992, art. 4) accerti la definitiva impossibilità di reinserire il disabile all’interno dell’azienda” (L. n. 68 del 1999, art. 10, comma 3).

La stessa legge, per “i lavoratori che divengono inabili allo svolgimento delle proprie mansioni in conseguenza di infortunio o malattia”, stabilisce che “l’infortunio o la malattia non costituiscono giustificato motivo di licenziamento nel caso in cui essi possano essere adibiti a mansioni equivalenti ovvero, in mancanza, a mansioni inferiori” (L. n. 68 del 1999, art. 4, comma 4).

Con la legge 13/1989 si attua poi un vera e propria rivoluzione con il riconoscimento del principio che non sono le persone che sono portatrici di handicap, ma sono le modalità di costruzione degli edifici che creano difficoltà o impossibilità di utilizzo ad alcuni soggetti, per cui compito principale del

<sup>24</sup> Comunicazione della Commissione del 15 novembre 2010, Strategia europea sulla disabilità 2010-2020: un rinnovato impegno per un’Europa senza barriere, SEC(2010) 1324.

<sup>25</sup> Per una panoramica sul tema, v. R.A. Borzetti, “L’evoluzione della legislazione italiana sulla disabilità”, su didaweb.net, 06.12.2018

<sup>26</sup> Vedine luci ed ombre in R. Sanlorenzo, P. Heritier, G. Ratti, C. Braga, B. Marziale, V. Amato, M. Riverditi, G. Tulumello, S. Celentano, G. Tulumello, O Bonardi, P. Cendon con la collaborazione di R. Rossi, in “Giustizia e disabilità”, *Questione giustizia*, 3/2018.

<sup>27</sup> V. D. Garofalo, Lavoro (Collocamento obbligatorio), voce del Digesto, Utet Torino 1992 Vol. VIII.

legislatore ed amministratore è vigilare sulla progettazione e sulla realizzazione dei nuovi edifici, affinché vengano eliminate le barriere architettoniche che costituiscono un handicap per i disabili<sup>28</sup>.

Ancora, la legge 104/1992<sup>29</sup>, denominata “*Legge quadro per l’assistenza, l’integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate*”, è il tentativo più compiuto di una legge organica relativa alla disabilità. La legge prevede la tutela sul posto di lavoro, la possibilità di permessi retribuiti e di trasferimento vicino al luogo di lavoro, nonché una speciale normativa di assistenza sanitaria e sociale. Purtroppo, molte norme di questa legge risultano inapplicate o scarsamente applicate.

La Direttiva UE n. 78 del 2000 è poi finalmente stata recepita in Italia con il d. lgs. 216/2003, “Attuazione della direttiva 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro”.

Ma l’obbligo, sancito dalla Direttiva - e già suggerito dall’UNRPD - di “ragionevole accomodamento” in ipotesi di inidoneità alle mansioni ha dovuto attendere la condanna da parte della Corte di giustizia nella causa Commissione c/ Italia, nella causa C-312/11 (sentenza del 4 luglio 2013).

Ed infatti solo con D.L. 28 giugno 2013, n. 76 (art. 9, comma 4-ter), come modificato in sede di conversione dalla L. 9 agosto 2013, n. 99, il legislatore italiano ha inserito nel testo del D.Lgs. n. 216 del 2003, art. 3 un comma 3 bis del seguente tenore: “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 L. 3 marzo 2009, n. 18, nei luoghi di lavoro, per garantire alle persone con disabilità la piena eguaglianza con gli altri lavoratori. I datori di lavoro pubblici devono provvedere all’attuazione del presente comma senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica e con le risorse umane, finanziarie, e strumentali disponibili a legislazione vigente”

La UNRPD è poi stata ratificata dall’Italia con legge 3 marzo 2009 n. 18<sup>30</sup>.

A tali norme si accompagna nel 2008 l’approvazione del d.lgs. 81/2008, il cui art. 42 prevede che, in caso di idoneità sopravvenuta del lavoratore, il datore di lavoro è tenuto ad adibire il prestatore “ove possibile, a mansioni equivalenti o, in difetto, a mansioni inferiori garantendo il trattamento corrispondente alle mansioni di provenienza”.

Questi ultimi interventi in materia di lavoro che si sono esaminati, hanno fatto parlare di “tutela a cerchi concentrici” del portatore di disabilità apprestata dal legislatore<sup>31</sup>.

A ciò si aggiungono gli ulteriori e più recenti interventi legislativi, dapprima sull’art. 18 dello Statuto (novellato dalla legge Fornero) che, al comma 7 ha accomunato nella sanzione della reintegrazione nel posto di lavoro, sia pure ad effetti risarcitori attenuati, tanto il licenziamento intimato in violazione

<sup>28</sup> Su cui vedi: I. Del Bagno, “Da incapaci a disabili. Minorati sensoriali e cultura dei diritti”, Giappichelli, 2021.

<sup>29</sup> M. D’Amico G. Arconzo (a cura di), “Università e persone con disabilità. Percorsi di ricerca applicati all’inclusione a vent’anni dalla legge n. 104 del 1992), Franco Angeli, 2013.

<sup>30</sup> V.: <http://documenti.camera.it/leg16/dossier/testi/es0131.htm>.

<sup>31</sup> V. S. Giubboni, “Anni difficili. I licenziamenti in Italia in tempi di crisi”. Giappichelli, 2020, v. in particolare, il cap. 4 “il licenziamento per sopravvenuta inidoneità alla mansione”: ma sorge il dubbio che, più di una volontà di maggior tutela, tanto sia il frutto della solita bulimia legislativa del legislatore italiano.

dell'art. 2110 c.c., quanto quello del motivo oggettivo consistente nell'insussistenza della dedotta inidoneità fisica o psichica del lavoratore.

In seguito, l'art. 2 del d.lgs. 23 del 2015 (cd. jobs act), che pure ha portato a termine il percorso della politica di Law & economy low cost<sup>32</sup>, riducendo significativamente le tutele in caso di licenziamento sotto la pudica (e ipocrita) definizione di "tutele crescenti", ha inserito nel campo della reintegrazione con tutela rafforzata il licenziamento "anche nelle ipotesi in cui il giudice accerta il difetto di giustificazione per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore, anche ai sensi degli articoli 4, comma 4, e 10, comma 3, della legge 12 marzo 1999, n. 68", così appaiandolo, nelle conseguenze, al licenziamento discriminatorio.<sup>33</sup>

L'Italia inoltre è stata tra i primi paesi che hanno affrontato il problema della disabilità alla radice, posto che l'inserimento dei disabili nella società parte necessariamente dal loro coinvolgimento dei primi anni di vita e dalla possibilità di apprendimento contestuale agli altri soggetti<sup>34</sup>, oltre che alla creazione delle condizioni ambientali perché possano, crescendo, agire ed interagire nella società e nel mondo del lavoro.

Ed infatti, con l'entrata in vigore della legge 4 agosto 1977, n. 517, art. 7<sup>35</sup>, venivano abolite le classi cosiddette "differenziali" (ossia riservate esclusivamente agli alunni disabili) ed è stato previsto l'inserimento (inteso come "*presenza di un soggetto con caratteristiche specifiche in un contesto ordinario*<sup>36</sup>") degli studenti con disabilità nelle classi comuni. Tale previsione non contemplava la trasformazione o l'adattamento dell'ambiente scolastico alle esigenze e bisogni del disabile, ma ne consentiva esclusivamente la presenza in classe, con l'affiancamento di un docente di sostegno, sottolineando e mantenendo la condizione di diversità del disabile rispetto agli altri.

In tale contesto la Corte costituzionale poi, con sentenza 8 giugno 1987, n. 215, ha introdotto dei principi che hanno condizionato fortemente l'evoluzione della disciplina relativa alla specifica materia. Sul presupposto tecnico-scientifico della possibilità di recupero degli alunni con disabilità, la Corte ha affermato che la preclusione agli studenti disabili dell'accesso agli istituti d'istruzione superiore sulla base di una mera presunzione d'incapacità, senza aver predisposto misure idonee a compensare le difficoltà, determina la violazione dell'art. 3 secondo comma della Costituzione, secondo cui le istituzioni hanno il dovere di eliminare ogni tipo di ostacolo alla istruzione.

Purtroppo, le buone intenzioni del legislatore sono rimaste incompiute: la situazione degli organici degli insegnanti di sostegno è infatti, a dir poco, disastrosa.

E tanto perché il Ministero dell'Istruzione dal 2006 fino ad oggi continua a determinare l'organico stabile di sostegno in modo fisso, senza effettuare alcuna istruttoria sulle reali esigenze di integrazione

<sup>32</sup> Su questo punto v. S. Giubboni, "Anni difficili", op. cit. in particolare, cap. 1 "il contratto a tutele crescenti rivisitato".

<sup>33</sup> Su tutti questi aspetti, si veda la approfondita trattazione di S. Giubboni, "Anni difficili", op. cit. in particolare, il cap. 4 "il licenziamento per sopravvenuta inidoneità alla mansione. Sulla rilevanza dell'aspetto discriminatorio si veda l'interessante contributo di M. Basilico, "Non si può licenziare il lavoratore affetto da handicap senza adottare ogni misura ragionevole a sua tutela", commento a Tribunale Pisa, ordinanza 16 aprile 2015, in *Questione giustizia*, 27/05/2015.

<sup>34</sup> V. F.R. Pampani, "Breve manuale sulla Legge 170/10 e sulla Legge 104/92 in età evolutiva", Seu editore, 2018; L. D'Alonzo, "Disabilità e potenziale educativo", La scuola editore, 2017.

<sup>35</sup> V. Lucio Cottini, "Didattica speciale ed inclusione scolastica", Carocci, 2017.

<sup>36</sup> Su cui v. G. Matucci, "Il diritto/dovere all'inclusione scolastica", in Seminario del Gruppo di Pisa: "La doverosità dei diritti: analisi di un ossimoro costituzionale?" Università degli studi "Suor Orsona Benincasa" di Napoli – 18 ottobre 2018, su [gruppodipisa.it](http://gruppodipisa.it),

scolastica degli alunni disabili, ma con riferimento all'organico minimo necessario nel lontano anno scolastico 2006/2007 (ossia con riferimento al contingente *minimo* programmato ai sensi dell'art. 2, comma 414, della l. n. 244/2007), nonostante dal 2006 al 2020 gli alunni con certificazione di disabilità siano cresciuti di 126.000 unità, passando dai 174.000 del 2006 agli attuali 300.000<sup>37</sup>.

Per questa ragione, il Tribunale Amministrativo del Lazio, con sentenza n. 149 del 7.1.2019, passata in giudicato, ha accolto il ricorso proposto dagli insegnanti specializzati in merito alla sistematica discrepanza tra organico previsionale (di diritto, sul quale è possibile disporre le assunzioni a tempo indeterminato) e organico effettivo (organico di fatto, utilizzabile solo per le supplenze)<sup>38</sup> sotto il profilo dell'eccesso di potere per difetto di istruttoria, in quanto *“non potendosi appunto cristallizzare al 2006/2007 il numero dei docenti necessari, in una lettura costituzionalmente orientata della disposizione a tutela dello studente disabile, spetta alla amministrazione di acquisire i dati onde realizzare quanto proprio il comma 413 richiamato prevede, vale a dire individuando criteri e modalità con riferimento alle effettive esigenze rilevate, assicurando lo sviluppo dei processi di integrazione degli alunni diversamente abili anche attraverso opportune compensazioni tra province diverse in modo da non superare un rapporto medio nazionale di un insegnante ogni due alunni diversamente abili. Il che non significa automaticamente che i posti di organico in deroga debbano confluire in quelli di diritto, ma semplicemente che la individuazione di tale ultima dotazione non possa essere ancorata sic et simpliciter a quanto esistente più di un decennio addietro, dovendosi invece puntualmente e attentamente monitorare la situazione per l'evidente aumento delle patologie individuate come rilevanti. In tale quadro l'obbligo dell'amministrazione si traduce nella necessità di una attenta istruttoria anche verificando la concreta esistenza delle condizioni legittimanti la necessità di insegnanti di sostegno, non potendosi lasciare esclusivamente all'esperienza degli strumenti di tutela la riconduzione a legittimità, attesa la particolare condizione della popolazione scolastica con disabilità. Il ricorso deve dunque essere accolto, con annullamento degli atti in epigrafe nella parte in cui non correlano il numero dei posti di organico e in deroga a una puntuale istruttoria alla luce delle risultanze emergenti anno per anno, limitandosi a un'applicazione per così dire automatica”*.

La questione è oggetto di uno specifico reclamo presentato al Comitato europeo per i diritti sociali a Strasburgo recentemente presentato dal sindacato Anief della scuola.

#### **4. Dalla disabilità alla fragilità**

Dalla categoria dei lavoratori disabili, l'esplosione della pandemia del Corona Virus 19 ha portato in evidenza il concetto di fragilità.

I lavoratori fragili sono così individuati dalla circolare numero 13 del 4 settembre 2020, firmata dal Ministero delle Politiche Sociali e dal Ministero della Salute: *“Il concetto di fragilità va dunque individuato in quelle condizioni dello stato di salute del lavoratore/lavoratrice rispetto alle patologie*

<sup>37</sup> V. il dossier di Cisl scuola, “Assunzioni e supplenze. Un po' di numeri su cui riflettere”, 12.09.19, su [cislscuola.it](http://cislscuola.it).

<sup>38</sup> Su cui v. S. Galleano, “Non c'è pace per la scuola italiana: anche il Comitato europeo dei diritti sociali contesta la politica e la giurisprudenza italiana sui precari della scuola. E la Commissione europea riapre una procedura di infrazione per tutto il precariato nel pubblico impiego”, [europeanrights.eu](http://europeanrights.eu), articoli, 01.03.21.

*preesistenti che potrebbero determinare, in caso di infezione, un esito più grave o infausto e può evolversi sulla base di nuove conoscenze scientifiche, sia di tipo epidemiologico sia di tipo clinico”.*

La disabilità, in una definizione moderna, analizza la situazione ambientale per definire una ridotta capacità, ovvero la “disabilità rapportata ai contesti”, mentre la fragilità ipotizza una persona “perfettamente funzionante” o almeno “sufficientemente funzionante” per la quale basta poco per scompensarla<sup>39</sup>.

Plasticamente, l’avvento del Covid ha mutato concetti ormai stabilizzati. L’emergenza epidemiologica ha reso il mondo più insicuro in quanto la popolazione è in balia di “male” che attraversa trasversalmente la società, rivoluzionando il concetto di “normalità” e che va a colpire in modo indiscriminato coinvolgendo ogni soggetto che si espone al suo contatto il quale, a sua volta, diviene possibile portatore, anche a sua insaputa, della malattia.

Con il rischio quindi di coinvolgere tutte le persone con le quali si ha un rapporto di vicinanza e tra le quali è possibile trovare anche un soggetto fragile in ragione dell’età avanzata, di una malattia cronica o di un handicap pregresso che, altrimenti, non creerebbe pericoli nell’interazione.

Il problema si pone così soprattutto nei luoghi di lavoro dove paradossalmente, come si è visto, i soggetti deboli sono stati agevolati nell’inserimento delle realtà lavorative delle moderne società.

Ciò ha comportato la necessità di interventi specifici che riducessero al minimo i rischi di contagio per questi soggetti, sia per la loro tutela che al fine di evitare il conseguente aumento di ricoveri che ha costituito uno dei maggiori rischi di collasso del sistema sanitario nazionale, consentendo comunque la continuità delle loro prestazioni lavorative in un ambito di necessaria sicurezza<sup>40</sup>.

In primo luogo, al fine di soddisfare questa esigenza è stato dato impulso all’utilizzo della smart-working, che mai aveva avuto, pur essendo da anni oggetto di discussione nel modo del lavoro, uno sviluppo così intenso come nel periodo della pandemia<sup>41</sup>.

Lo smart working, dopo una lunga gestazione e sperimentazione concreta nel mondo del lavoro, aveva finalmente avuto (in tempi ben lontani dalla attuale situazione di pandemia) una sua organica regolazione con la legge 22 maggio 2017, n. 81, “Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l’articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato”<sup>42</sup>.

---

<sup>39</sup> V. S. Pillon, “Disabilità e fragilità nell’era della telemedicina e della medicina digitale: opportunità e soluzioni”, su: <https://assd.it/wp-content/uploads/2018/05>

<sup>40</sup> Sulla necessità di conciliare questi due aspetti si veda L. Calafà, Conciliare nell’emergenza, in O. Bonardi, U. Carabelli, M. D’Onghia, L. Zoppoli (a cura di), Covid-19 e diritti dei lavoratori, Ediesse, 2020, 153 ss; A.M. Battisti, La specialità dei congedi e la ordinarietà dei bisogni, in A. Pileggi (a cura di), Il diritto del lavoro dell’emergenza epidemiologica, Edizioni LPO, 2020, 59 ss;

<sup>41</sup> V. “Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro concluso tra Governo e parti sociali” su [www.lavoro.gov.it](http://www.lavoro.gov.it) e il “Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto ed il contenimento della diffusione del virus covid-19 negli ambienti di lavoro”, dell’Università Cattaneo, 18 maggio 2020, con aggiornamenti, su [luic.it](http://luic.it).

<sup>42</sup> Sulla quale v. M. Lunardon, “Le reti d’impresa e le piattaforme digitali della *sharing economy*”, *Argomenti Dir. Lav.*, 2018, 2, 375; O Mazzotta, “Jobs Act Autonomi fra garantismo e flessibilità: lo statuto del lavoratore autonomo ed il lavoro agile”, *Il quotidiano giuridico*, 14 giugno 2017.

Dopo avere trovato un'applicazione limitata, la normativa è immediatamente stata utilizzata con l'avvento del Covid<sup>43</sup>.

In particolare, il Decreto-legge 22 aprile 2021, n. 52 (c.d. Decreto Riaperture), titolato "Misure urgenti per la graduale ripresa delle attività economiche e sociali nel rispetto delle esigenze di contenimento della diffusione dell'epidemia da COVID-19", ha prorogato lo stato di emergenza al 31 luglio 2021 (art. 10, comma 1), estendendo il termine per l'utilizzo della procedura semplificata di comunicazione dello smart working di cui all'art. 90, commi 3 e 4, del D.L. 19 maggio 2020, n. 34, convertito con modificazioni in L. 17 luglio 2020, n. 77.

Lo smart working ha consentito una corretta riorganizzazione delle pubbliche amministrazioni e dei datori di lavoro privato, che hanno potuto continuare ad operare garantendosi la continuità dell'apporto lavorativo dei dipendenti, salvaguardando l'ambiente di lavoro<sup>44</sup> e, allo stesso tempo, assicurare ai lavoratori la tutela della propria salute tutelando la possibilità di svolgere al sicuro la loro attività<sup>45</sup>.

Ulteriore supporto ai lavoratori fragili è consistito nell'ampliamento della possibilità di ricorrere ai permessi retribuiti di cui all'art. 33 della legge 104/1992<sup>46</sup>.

L'ampliamento dei permessi, dapprima disposto con l'art. 24, c. 1, d.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito in l. 24 aprile 2020, n. 27, e poi con l'art. 73, c. 1, d.l. 19 maggio 2020, n. 34, convertito in l. 17 luglio 2020, n. 77 e successivamente ulteriormente prorogato sino all'attualità ha consentito ai lavoratori di accudire i congiunti disabili, agevolando il contenimento delle possibilità che questi potessero esporsi al contagio.

Ma l'aspetto rilevante è che i permessi sono usufruibili anche dai lavoratori che si trovino loro stessi in condizioni di disabilità grave<sup>47</sup>, così consentendo a questa tipologia di prestatori un incremento nel numero di assenze retribuite a disposizione al fine di tutelare la loro salute e la sicurezza posto che che, in ragione della loro disabilità, si trovano particolarmente esposti al rischio contagio, sicuramente più alto proprio nei luoghi di lavoro, per la necessaria vicinanza fisica con i colleghi e le conseguenti possibilità di ulteriori incontri "pericolosi" nelle fasi di trasferimento, durante il percorso casa-lavoro.

Altra misura adottata dal legislatore è consistita nell'"esenzione dal servizio", istituito previsto dall'art. 26 del D.L. 18/2020 e che prevede la possibilità di non prestare l'attività lavorativa, considerandolo però presente a tutti gli effetti<sup>48</sup>. Si tratta, ovviamente di un provvedimento estremo, da adottarsi nell'impossibilità di utilizzare il dipendente in smart working.

---

<sup>43</sup> V. C. Spinelli, "Lo smart working ai tempi del coronavirus" su rivistalabor.it, fasc. 1/2021.

<sup>44</sup> V.M. Turrin. "la tutela dei lavoratori fragili nel diritto dell'emergenza epidemiologica da Covid-19", su lavorodirittieuropa.it, 2/2021, in particolare, § 5.

<sup>45</sup> V. S. D'Ascola, "Sui 700 dell'emergenza (e sulla normalizzazione del lavoro agile)", su *Questione giustizia*, 2/2020.

<sup>46</sup> Su cui v.: P. Sordi, "Le disposizioni a favore dei lavoratori destinatari delle previsioni della Legge n. 104 del 1992", in A. Pileggi (a cura di) "Il diritto del lavoro dell'emergenza epidemiologica", LPO, 59 e segg.

<sup>47</sup> In forza del combinato disposto di cui all'art. 33, commi 6 e 3, legge 104/1992.

<sup>48</sup> Su cui v. S. Glinianski e O. Razzolini, "L'esenzione dal servizio del pubblico dipendente nel decreto cura Italia e nel decreto rilancio", su *Lexitalia*, fasc. 6/2020;

Il provvedimento ha però avuto un iter travagliato: in vigore sino al 31 luglio 2020 è poi stato ripreso dal D.L 104 dell'agosto 2020 e prorogato sino all'ottobre successivo<sup>49</sup>.

Analogo iter travagliato ha avuto l'istituto della sorveglianza sanitaria dei lavoratori maggiormente a rischio, previsto dall'art. 83 del D.L. 34/2020 e restato in vigore sino al

Le considerazioni sin qui svolte si rendevano necessarie per comprendere il contesto e il percorso motivazionale della sentenza che si va ad esaminare, incentrato sull'evoluzione normativa, nazionale ed internazionale che si è brevemente ripercorsa.

## 5. La sentenza in commento

Questi i fatti.

Un lavoratore era stato licenziato per sopravvenuta inidoneità alla mansione alla quale era stato addetto.

La Corte di appello di Milano aveva confermato la sentenza di primo grado che aveva applicato l'art. 18, quarto comma, dello Statuto, ordinando la reintegra del lavoratore e stabilito il pagamento delle retribuzioni maturate dal licenziamento nella misura massima di 12 mensilità (cd. "tutela rafforzata").

La decisione veniva motivata con l'applicazione del d.lgs. N. 216 del 2003, art. 3, comma 3 bis, di recepimento della Direttiva 78 del 2000 in forza del quale sussiste in capo ai datori lavoro un "obbligo generale di adottare tutte quelle misure – definite accomodamenti ragionevoli, come si è visto, nel UNCRPD e nella Direttiva 78 del 2000 – atte ad impedire la risoluzione del rapporto anche ove queste incidano sull'organizzazione dell'azienda" salvo il limite dell'eventuale sproporzione degli oneri a carico dell'azienda.

Così si legge nella sentenza: "[p]er la Corte milanese il datore di lavoro, invece, si è "limitato ad affermare l'impossibilità del repêchage del dipendente fisicamente inidoneo secondo gli usuali criteri (statici) vigenti in tema di giustificato motivo oggettivo per soppressione delle mansioni". "Lo stesso discorso - prosegue la sentenza d'appello - vale, in relazione al possibile reimpiego del lavoratore nelle mansioni di lavaggio autobus (non essendo rilevante il fatto che nell'organigramma non fosse prevista la figura del pulitore esclusivo) o in quelle di verificatore in affiancamento ad altro collega". Infine, la Corte ha aggiunto che la circostanza che l'azienda non si fosse affatto posta "il problema di trovare ragionevoli situazioni per ricollocare" il dipendente emergeva chiaramente dalla deposizione del medico competente, il quale, sentito come testimone, aveva dichiarato di non essere mai stato incaricato dall'azienda di esprimere una valutazione in merito ad altre possibili mansioni cui adibire il lavoratore con disabilità".

Secondo la società, che aveva ricorso contro la sentenza, la Corte di appello aveva errato nel non considerare che gli accomodamenti ragionevoli di cui alla Direttiva trovavano il limite della proporzione con gli oneri conseguenti per l'impresa, nonché quello "della modificazione delle modalità di svolgimento della prestazione lavorativa a carico dei singoli colleghi dell'invalido", così

---

<sup>49</sup> Sull'iter travagliato di questo provvedimento v. ampiamente, V.M. Turrin. "la tutela dei lavoratori fragili nel diritto dell'emergenza epidemiologica da Covid-19", op. cit.

sostituendosi di fatto al datore di lavoro, individuando altre posizioni di lavoro, mentre la società aveva dimostrato in causa la situazione di pieno organico dell'impresa che impediva l'inserimento del lavoratore nel frattempo divenuto inidoneo alle sue mansioni.

Inoltre, la società lamentava la violazione dell'art. 2697 c.c., posto che la società aveva dedotto in causa la circostanza del pieno organico che non era stata contestata dal lavoratore e che, a suo dire, impediva la ricollocazione del lavoratore, così operando il giudice una contestata inversione dell'onere della prova.

La Corte ha ritenuto infondati questi motivi.

Dopo avere svolto una ricognizione della normativa in tema, la sentenza ricorda che la Corte si è già pronunciata sugli obblighi da questa derivanti,

In particolare, si osserva che “ai fini della legittimità del licenziamento del lavoratore per inidoneità fisica sopravvenuta, sussiste l'obbligo della previa verifica, a carico del datore di lavoro, della possibilità di adattamenti organizzativi, si è ritenuto che gli stessi debbano essere adottati "secondo il parametro (e con il limite) della ragionevolezza"; in particolare occorre tenere conto "del limite costituito dall'inviolabilità in peius (art. 2103 c.c.) delle posizioni lavorative degli altri prestatori di lavoro" nonché evitare "oneri organizzativi eccessivi (da valutarsi in relazione alle peculiarità dell'azienda ed alle relative risorse finanziarie)", stante l'esigenza del "mantenimento degli equilibri finanziari dell'impresa" (Cass. n. 27243 del 2018<sup>50</sup>; in conformità v. Cass. n. 6678 del 2019 e Cass. n. 18556 del 2019)”.

Di recente, poi si prosegue, la Cass. n. 34132 del 2019, “rammentato che l'art. 2 della Convenzione di New York del 2006 considera quale accomodamento ragionevole "le modifiche e gli adattamenti necessari ed appropriati che non impongano un carico sproporzionato ed eccessivo", ha cassato la sentenza impugnata onde consentire al giudice del rinvio "la valutazione della proporzionalità e della non eccessività delle misure di adattamento... sia rispetto all'organizzazione aziendale sia con riguardo agli altri lavoratori".

Venendo quindi al merito della causa, la sentenza osserva, in tema di onere della prova circa la possibilità di repêchage del lavoratore come il legislatore: “ha deliberatamente scelto di trasporre nell'ordinamento interno la formula delle fonti sovranazionali, in dichiarata attuazione della direttiva n. 78/2000/CE, affidandosi ad una nozione a contenuto variabile - categoria dogmatica estesa, nell'ambito della quale possono variamente collocarsi clausole generali, norme elastiche, concetti giuridici indeterminati, finanche i principi - che ha come caratteristica strutturale proprio l'indeterminatezza: consapevole dell'impossibilità di una tipizzazione delle condotte prescrivibili, il legislatore ha conferito all'interprete il compito di individuare lo specifico contenuto dell'obbligo, guidato dalle circostanze del caso concreto. Interprete inteso, prima di tutto, come operatore che deve conformare la propria condotta al parametro normativo, al fine di renderla legittima; interprete poi, laddove eventualmente sorga contesa, come giudice che è chiamato a dirimerla. Per entrambi questa Corte è chiamata a fornire criteri di giudizio anche nei casi in cui il contenuto indeterminato della

---

<sup>50</sup> Sulla quale v. E. Tarquini, “Cassazione, il licenziamento per inidoneità sopravvenuta del lavoratore divenuto inabile alle mansioni e i ragionevoli accomodamenti”, in *Questione giustizia*, 13.06.2019.

norma è destinato a misurarsi con la variabilità del reale, onde comunque orientare l'attività degli interpreti”

Dopo avere conseguentemente affermato che il punto di riferimento legislativo non può che essere quello della Direttiva, la sentenza rileva che i “provvedimenti appropriati” del datore di lavoro, “in funzione delle esigenze delle situazioni concrete”, per consentire ai disabili di accedere ad un lavoro e di svolgerlo. Si tratta dunque di adeguamenti, lato sensu, organizzativi che il datore di lavoro deve porre in essere al fine di “garantire il principio della parità di trattamento dei disabili” e che si caratterizzano per la loro “appropriatezza”, ovvero per la loro idoneità a consentire alla persona svantaggiata di svolgere l'attività lavorativa. Vale rimarcare che l'adozione di tali misure organizzative è prevista in ogni fase del rapporto di lavoro, da quella genetica sino a quella della sua risoluzione, non essendo specificamente destinate a prevenire un licenziamento”.

La Corte esamina poi le possibili ipotesi accomodamento ragionevole fatte dalla giurisprudenza europea e sottolinea che, oltre alla eliminazione “delle barriere di diversa natura che ostacolano la piena ed effettiva partecipazione dei disabili alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori” e chiarisce che la proporzione tra l'accomodamento e i relativi oneri economici deve tenere conto delle “misure esistenti nel quadro della politica dello Stato membro a favore dei disabili” e delle specifiche dimensioni e condizioni dell'azienda interessata.

Chiarito questo aspetto, la sentenza affronta il concetto di ragionevolezza della misura che può essere adottata. Posto che il concetto riguarda anche aspetti più soggettivi, come “l'interesse di altri lavoratori eventualmente coinvolti”. Inoltre, richiamata la propria giurisprudenza, osserva che il principio di ragionevolezza, in situazioni indeterminate come quella in esame, deve necessariamente coincidere con i principi di buona fede e correttezza contrattuali dai quali “si possono trarre indicazioni metodologiche utili per orientare prima il destinatario della norma ad individuare il comportamento dovuto e poi, eventualmente, il giudice, al fine di misurare l'esattezza dell'adempimento dell'obbligo di accomodamento nella concretezza del caso singolo”.

Sulla scorta di tali parametri, la valutazione, conformemente al disposto della Direttiva, dovrà “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; poi l'interesse del datore a garantirsi comunque una prestazione lavorativa utile per l'impresa, tenuto conto che l'art. 23 Cost. vieta prestazioni assistenziali, anche a carico del datore di lavoro, se non previste per legge (Cass. SS.UU. n. 7755/1998...)”.

La Corte peraltro non affronta il problema della natura discriminatoria del recesso per inidoneità della mansione in quanto “per ragioni processuali esorbita dal tema della presente decisione”, lasciando quindi aperta la questione.

Il problema, peraltro riguarda sia gli avviati obbligatoriamente poiché, per costoro, “nel caso di aggravamento delle condizioni di salute, il rapporto di lavoro può essere risolto solo nel caso in cui, “anche attuando i possibili adattamenti dell'organizzazione del lavoro”, la commissione integrata di cui alla L. n. 104 del 1992, art. 4 “accerti la definitiva impossibilità di reinserire il disabile all'interno dell'azienda” (L. n. 68 del 1999, art. 10, comma 3)” e per gli altri, “[l]art. 4, comma 4, della stessa legge, per i lavoratori che divengono inabili allo svolgimento delle proprie mansioni in conseguenza di infortunio o malattia, stabilisce che tali eventi “non costituiscono giustificato motivo di

licenziamento nel caso in cui essi possano essere adibiti a mansioni equivalenti ovvero, in mancanza, a mansioni inferiori".

La sentenza affronta poi la questione degli oneri probatori delle parti osservando come “[t]rattandosi di prova negativa, il datore di lavoro ha sostanzialmente l'onere di fornire la prova di fatti e circostanze esistenti, di tipo indiziario o presuntivo idonei a persuadere il giudice della veridicità di quanto allegato circa l'impossibilità di una collocazione alternativa del lavoratore nel contesto aziendale (ancora Cass. n. 10435/2018 cit.; v. pure sull'utilizzo del metodo presuntivo in materia Cass. n. 23789 del 2019). Usualmente si prova che nella fase concomitante e successiva al recesso, per un congruo periodo, non sono avvenute nuove assunzioni oppure sono state effettuate per mansioni richiedenti una professionalità non posseduta dal prestatore (v., ad ex., Cass. n. 22417 del 2009; ma pure: Cass. n. 9369 del 1996; Cass. n. 13134 del 2000; Cass. n. 3040 del 2010)”. Non è dunque sufficiente allegare e provare che in azienda non vi sono posti disponibili ai quali adibire il lavoratore “come se si trattasse di un ordinario repêchage” in quanto non “spetta al lavoratore, o tanto meno al giudice, individuare in giudizio quali potessero essere le possibili modifiche organizzative appropriate e ragionevoli idonee a salvaguardare il posto di lavoro, sovvertendo l'onere probatorio e richiedendo una collaborazione nella individuazione degli accomodamenti possibili non prevista neanche per il repêchage ordinario in mansioni inferiori, oramai esteso dal recesso per sopravvenuta inidoneità fisica alle ipotesi di soppressione del posto di lavoro per riorganizzazione aziendale (ab imo, Cass. n. 21579 del 2008; conf. Cass. n. 23698 del 2015; Cass. n. 4509 del 2016; Cass. n. 29099 del 2019; Cass. n. 31520 del 2019)”.

La sentenza viene quindi confermata e la necessità dell'obbligatorietà del percorso alla ricerca di accomodamenti ragionevoli diviene diritto vivente.

## **6. Osservazioni conclusive**

La sentenza 6497 del 2021 interviene nel periodo dell'emergenza epidemiologica, ormai si spera avviato verso la sua meritata fine, ribadendo e consolidando un percorso di società inclusiva che è divenuto patrimonio, se non mondiale, come avrebbe dovuto essere in considerazione dell'autorevole intervento dell'Onu, certamente dei paesi di cultura occidentale, tra questi l'Europa in prima linea.

Della tutela dei soggetti fragili, categoria anche più ampia dei disabili e dei portatori di handicap, la moderna società si è fatta doverosamente carico e, con i limiti imposti dall'imprevedibilità dell'emergenza epidemiologica e da quelli di bilancio, i risultati sembrano tutt'altro che da disprezzare.

La pandemia ha portato alla luce problemi di immensa portata: i limiti della solidarietà, la necessità dell'inclusione e della tutela dei soggetti più deboli sono stati però affrontati con l'approntamento di misure, anche economiche, che sino ad un anno e mezzo fa sarebbero state impensabili.

Salvo deprecabili eccezioni, tutti i soggetti sociali hanno dimostrato un grado di solidarietà e sopportabilità nei confronti delle misure restrittive – personali ed economiche - del tutto inaspettati e sono stati ricambiati, per quanto hanno potuto, dalle istituzioni che sono scese in campo dispiegando tutte le forze, organizzative ed economiche possibili, ovviamente con i limiti connaturati alle diverse realtà locali.

Anche nel campo del lavoro, gli interventi legislativi, spesso frammentari, incompleti e a volte giustamente criticabili, sono comunque risultati costituiti da provvedimenti nel complesso comunque caratterizzati dalle migliori intenzioni.

Non si vuole qui, né si potrebbe, rappresentare un quadro paradisiaco dell'attuale situazione. Resta comunque che il bilancio complessivo è, ad oggi, la tenuta dei sistemi sociali europei che paiono avviati ad uscire dall'emergenza con la voglia, la possibilità e le condizioni di recuperare tutto quanto è andato perduto in questo difficile periodo.

Altri accidentati e complessi passaggi ci attendono, anche perché molti problemi sorgeranno nell'immediato futuro: basti pensare, tra i tanti, alle immense ricchezze che si sono formate all'ombra e negli anfratti della situazione emergenziale o al bilancio delle non particolarmente onorevoli performance delle "big farma" in punto vaccini. Problemi con i quali occorrerà fare i conti, a tempo debito. Per non parlare, nello specifico settore del lavoro, all'impatto che avrà la cessazione del blocco dei licenziamenti che dovrà essere affrontato con molto sangue freddo e con provvedimenti adeguati: "whatever it takes", per non dimenticare un concetto a suo tempo efficacemente utilizzato nel settore finanziario.

Una cosa comunque è certa: la tutela e il processo di inclusione sociale dei soggetti fragili è stato il percorso che ha connaturato ed accompagnato, almeno certamente nelle intenzioni, tutte le misure emergenziali.

La sentenza che si è positivamente commentata rappresenta un punto di arrivo di un percorso di ragionevolezza che, come si è visto, trova la sua origine nell'evoluzione sociale e che si è concretizzato in una produzione legislativa di inclusione sviluppatasi dopo le tragedie della Seconda guerra mondiale e il crollo dei regimi razzisti ed autoritari.

Un percorso che non si può che sperare prosegua su questa strada.