

## **La disciplina antidiscriminatoria – fattore handicap**

Il **d.lgs. 9.7.2003, n. 216** reca disposizioni relative all'attuazione della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla religione, dalle convinzioni personali, **dagli handicap**, dall'età e dall'orientamento sessuale, **per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro.**

Per “*handicap*” si intende la **malattia di lunga durata che incida negativamente sulla vita professionale del lavoratore.**

La Corte di Giustizia Europea con sentenza 11.4.2013 nelle cause riunite C-335/11 e C-337/11 ha sancito “**La nozione di handicap di cui alla Direttiva 2000/78/CE del Consiglio del 27.11.2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, deve essere interpretata nel senso che essa include 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 gli altri lavoratori, e tale limitazione sia di lunga durata.**”

---

L'Italia è stata condannata per non avere “correttamente recepito” la Direttiva 78/2000/CE nell'ordinamento interno (**causa C-312/11 Commissione contro Repubblica Italiana**) ed in particolare per non avere recepito «*correttamente e completamente*» **l'articolo 5 della Direttiva 2000/78/CE**, che aveva disciplinato **l'obbligo per i datori di lavoro di adottare «soluzioni ragionevoli» per le persone con disabilità nell'ambiente di lavoro.**

Dispone l'art. 5 della Direttiva 2000/78: “*il datore di lavoro prende i provvedimenti appropriati, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, per consentire ai disabili di accedere ad un lavoro, di svolgerlo o di avere una promozione o perché possano ricevere una formazione, a meno che tali provvedimenti richiedano da parte del datore di lavoro un onere finanziario sproporzionato. Tale soluzione non è sproporzionata allorché l'onere è compensato in modo sufficiente da misure esistenti nel quadro della politica dello Stato membro a favore dei disabili*”.

Nel procedimento giudiziario relativo alla “*infrazione*” la difesa italiana (punto 55 della motivazione della Sentenza) ha sostenuto la tesi secondo cui l'applicazione dell'articolo 5 della Direttiva non può basarsi su un'unica modalità, fondata sugli

obblighi imposti ai datori di lavoro. In sostanza, la posizione dello Stato italiano è che l'attuazione della norma può avvenire anche mediante la predisposizione di un sistema di promozione dell'integrazione lavorativa delle persone con disabilità, essenzialmente fondato su un insieme di incentivi, agevolazioni, misure e iniziative a carico delle autorità pubbliche e, in parte, su obblighi imposti ai datori di lavoro. Un sistema che nel nostro Paese sarebbe il risultato della normativa in materia di collocamento mirato, di Cooperative Sociali, della Legge Quadro per l'Assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone con disabilità e, sul versante delle mansioni specifiche del lavoratore, sulla normativa in materia di tutela della salute e sicurezza sul lavoro.

**Questa interpretazione non è stata condivisa dalla Corte di Giustizia Europea, secondo la quale, al contrario, l'articolo 5 della Direttiva 2000/78/CE (letto alla luce dei Considerando 20 e 21 della Direttiva stessa), introduce un sistema di obblighi a carico dei datori di lavoro, che non possono essere sostituiti da incentivi e aiuti forniti dalle autorità pubbliche.**

Ciò coerentemente con i principi propri del diritto antidiscriminatorio contenuti tanto nella Direttiva quanto nella Convenzione ONU, che impongono limitazioni alla libertà economica degli imprenditori – entro certi limiti – nel momento in cui si tratta di tutelare diritti umani fondamentali

Alla luce di queste considerazioni la Corte ha ritenuto che, contrariamente agli argomenti posti dalla Repubblica Italiana, per trasporre correttamente e completamente l'articolo 5 della Direttiva 2000/78/CE **non fosse sufficiente disporre misure pubbliche di incentivo e di sostegno, essendo invece compito degli Stati imporre a tutti i datori di lavoro a livello nazionale l'obbligo di adottare provvedimenti efficaci e pratici**, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, a favore di tutti i disabili, che riguardino i diversi aspetti dell'occupazione e delle condizioni di lavoro e che consentano a tali persone di accedere a un lavoro, di svolgerlo, di avere una promozione o di ricevere una formazione.

Con il “Decreto Lavoro” (Decreto Legge 76/13, convertito dalla Legge 99/13) è stata quindi recepita anche nel nostro ordinamento una disposizione assai rilevante a tutela delle persone con disabilità: **l'obbligo, per tutti i datori di lavoro, di adottare “accomodamenti ragionevoli” nell'ambiente di lavoro per garantire “parità di condizioni”.**

In particolare l'articolo 3 comma 3 bis del Decreto Legislativo 216/03 ( introdotto ad opera del Decreto Legge 76/13 articolo 9, comma 4-ter) dispone: *«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. 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 norma di recente introduzione rinvia al principio dell'accomodamento ragionevole della Convenzione Onu sui Diritti delle Persone con Disabilità

Il richiamo alla Convenzione ONU impone l'adozione di criteri ermeneutici ancora in via di definizione da parte della giurisprudenza; e tale richiamo è la chiave di volta della sentenza di condanna dell'Italia e del Caso "HK Danmark".

Si tratterà di verificare come il dettato normativo verrà interpretato, ma indubbiamente **la norma potrà aprire nuove prospettive e offrire spazi di miglior tutela.**

Il diritto al lavoro delle persone con disabilità, sia a livello europeo che nazionale, **dovrà essere interpretato conformemente ai principi contenuti nella Convenzione, tra i quali fondamentali sono: la nozione di *persona con disabilità* e la definizione di *adattamento ragionevole*.**

**L'adattamento ragionevole è il principio che ritroviamo nella Convenzione ONU e che va considerato come criterio ermeneutico per l'interpretazione dell'articolo 5 della Direttiva 78/2000/CE .**

Da qui la scelta compiuta dal legislatore nazionale di farvi diretto riferimento in luogo di un richiamo alla norma della Direttiva Europea.

La Corte ha definito l'ambito di applicazione soggettiva e oggettiva del principio del ragionevole adattamento che, al di là di quanto normative promozionali dell'occupazione possano prevedere – come nel caso italiano la Legge 68/99 - si estende a tutti i datori di lavoro, a tutte le persone con disabilità nell'accezione fatta propria dalla Corte e ai diversi profili dell'occupazione, comprendendo anche l'accesso, la formazione e la progressione di carriera.

Per effetto del richiamo della Convenzione ONU, **il rifiuto del ragionevole adattamento costituisce fattispecie discriminatoria** (il rifiuto di adottare soluzioni ragionevoli è **qualificato come discriminazione, analogamente a quanto avvenuto con la Direttiva 78 del 2000, con riferimento alla nozione di molestie**).

Il concetto di inabilità che viene in gioco è più ampio di quello contenuto nelle diverse disposizioni previste dall'ordinamento interno.

Vi è una specifica imposizione (l'adattamento ragionevole) che riguarda il prestatore di lavoro a prescindere dalla sua appartenenza alle c.d. categorie protette di cui alla legge 68/99, o dalla sussistenza dei requisiti di cui alla legge 104/90, o dall'origine della menomazione (infortunio o evento extralavorativo).

---

---

## **Ricadute dell'adattamento ragionevole sul diritto nazionale:**

**L'obbligo di porre in essere gli "adattamenti ragionevoli" avrà ricadute non indifferenti nel nostro ordinamento:** pensiamo al funzionamento del **collocamento mirato** e alla **gestione del rapporto di lavoro**.

Il profilo della ragionevolezza dell'adattamento richiesto al datore di lavoro presenterà di certo diversi problemi, ma certamente aiuterà a promuovere concretamente l'uguaglianza sostanziale del lavoratore disabile o che abbia acquisito una inidoneità alla mansione nel corso del rapporto di lavoro.

### **Le prime applicazioni giurisprudenziali di tali principi**

Il **Tribunale di Pisa con pronuncia del 24.2.2016** ha disposto la reintegra nel posto di lavoro di una lavoratrice dichiarata "*permanentemente inidonea alla mansione*".

Il Tribunale, richiamando la Corte di Giustizia 11.4.2013 C-335/2011, ha ritenuto che la lavoratrice versasse in una condizione di "*handicap nel senso inteso dalle fonti superprimarie dell'ordinamento*". Ha in particolare evidenziato il Tribunale che secondo il Giudice dell'Unione, la nozione di "handicap" deve essere intesa "*nel senso che essa si riferisce non soltanto ad una impossibilità di esercitare una attività professionale, ma altresì ad un ostacolo a svolgere una simile attività*" (Corte Giustizia 18.12.2014 causa C-354/13), senza che rilevi l'origine dell'handicap.

Considerate le condizioni di salute della lavoratrice, le limitazioni individuate dal medico competente ed il carattere duraturo delle limitazioni, derivava nella fattispecie esaminata, secondo il Tribunale, l'obbligo in capo al datore di lavoro di dare attuazione alla direttiva 2000/78 e alla normativa interna di recepimento, ovvero di "*adottare accomodamenti ragionevoli come definiti dalla Convenzione Onu sui diritti delle persone con disabilità ratificata dalla legge 3.3.2009 n.18 nei luoghi di lavoro per garantire alle persone con disabilità la piena eguaglianza con gli altri lavoratori*".

Secondo il Tribunale per "*accomodamenti ragionevoli*" a norma dell'**art. 2 della Convenzione** debbono intendersi "*le modifiche e gli adattamenti necessari ed appropriati che non impongano un onere sproporzionato o eccessivo, adottati, ove ve ne sia necessità in casi particolari, per garantire alle persone con disabilità il godimento o l'esercizio su base di uguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali*" "*mentre il ventesimo e il ventunesimo considerando della Direttiva 2000/78 prevedono l'introduzione di misure appropriate ossia misure efficaci e pratiche destinate a sistemare il luogo di lavoro in funzione dell'handicap, ad esempio sistemando i locali o adattando le attrezzature, i ritmi di lavoro, la ripartizione dei compiti, o fornendo mezzi di formazione o inquadramento. Per determinare se le misure in questione non danno luogo a oneri finanziari sproporzionati è necessario tenere conto in particolare dei costi finanziari o di altro*

*tipo che esse comportano, delle dimensioni e risorse finanziarie dell'organizzazione dell'impresa, della possibilità di ottenere fondi pubblici o sovvenzioni”.*

Secondo il Tribunale *“Tenuta la società resistente, nei limiti di uno sforzo proporzionato, ad adeguare la sua organizzazione di impresa in modo da consentire alla ricorrente di continuare a svolgere la sua prestazione in condizione di uguaglianza con gli altri lavoratori, di necessità la esistenza di un giustificato motivo oggettivo di recesso costituito dalla sopravvenuta superfluità per quella organizzazione della prestazione della lavoratrice .....potrebbe ritenersi solo ove fosse verificata la infruttuosità o impraticabilità di modifiche delle attrezzature aziendali, dei turni o della distribuzione delle mansioni, aventi un costo non sproporzionato”.* Il Tribunale ritiene che tale prova è a carico della società in quanto la *“inesistenza o inutilità di tali ragionevoli accomodamenti”* rappresentano elementi *“costitutivi nella specie del giustificato motivo oggettivo allegato”*. La misura organizzativa viene peraltro individuata dallo stesso Giudice e consisterebbe nel caso esaminato nella *“sola redistribuzione di taluni compiti tra i dipendenti addetti al magazzino”*: *“non averla adottata costituisce violazione del generale principio di parità di trattamento dei lavoratori portatori di handicap posto dalla Direttiva 2000/78 e nell’ordinamento interno dal dlgs 216/2003...”*.

**Il Tribunale di Ivrea, con ordinanza del 24.2.2016,** accoglie la domanda giudiziale di una lavoratrice che aveva impugnato il licenziamento intimatole per inidoneità sopravvenuta alla mansione disponendo la reintegra nel posto di lavoro.

Anche in questo caso il Tribunale ritiene che *“l’obbligo di adottare tutte quelle ragionevoli misure di adattamento che siano richieste dalla situazione concreta per evitare il licenziamento del lavoratore divenuto inidoneo all’espletamento delle proprie mansioni si riferisca ad una nozione di handicap più estesa di quella impiegata dalla legge 68/99 in relazione alle diverse categorie e ai corrispondenti diversi gradi di inabilità intorno a cui sono state disegnate le norme sull’avviamento al lavoro dei disabili”*.

In particolare, ritiene il Tribunale che rientrino nella nozione di “handicap” tutte le persone che *“per una minorazione fisica, psichica, sensoriale o intellettuale, soffrono di un deficit di integrazione nella vita professionale o nel rapporto di lavoro”*, le quali *“risultano quindi protette dall’obbligo delle soluzioni ragionevoli ora espressamente recepite dal dlgs 216/2003”*; afferma altresì che rientrano in tale nozione **i soggetti destinatari di provvedimenti di inidoneità sopravvenuta alla mansione in ragione di menomazioni fisiche psichiche sensoriali che possano ostacolare la loro piena ed effettiva partecipazione alla vita professionale.**

Ne consegue che il datore di lavoro ha l’onere di adempiere *“all’obbligo dei ragionevoli adattamenti”*, obbligo che *“dovrà essere commisurato a tutte le misure atte a scongiurare l’espulsione di tale lavoratore anche modificando l’assetto organizzativo aziendale, con il solo limite della comprovata sproporzione degli oneri finanziari a tal fine necessari”*.

Afferma il Giudice che l’obbligo dei ragionevoli adattamenti condiziona il potere di recesso del datore di lavoro, e tutte le specifiche previsioni di legge devono essere

interpretate alla luce di tale obbligo generale che concorre a **“disegnare una tutela unitaria proprio perché abbraccia tutte le situazioni alle quali si riferisce l’art. 3 comma 3 bis del dlgs 216/2003”**.

Così nel caso dell’art. 42 del dlgs 81/2008, **“ l’adibizione a mansioni equivalenti o in mancanza inferiori ... costituisce soltanto uno dei ragionevoli adattamenti rientranti nell’obbligo generale imposto dall’art. 3 comma 3bis del dlgs 216/2003. Non è quindi sufficiente che il datore di lavoro dimostri di non poter reperire una mansione equivalente o inferiore, all’interno della organizzazione aziendale, ma dovrà dimostrare che gli adattamenti, anche di natura organizzativa, che sarebbero nella specie effettivamente necessari per consentire la ricollocazione del lavoratore divenuto inidoneo alla specifica mansione, gli imporrebbero la sopportazione di un onere finanziario irragionevole, vale a dire sproporzionato nel senso precisato dall’art. 5 della Direttiva 2000/78”**. Secondo il Giudice **“la prova della impraticabilità degli adattamenti necessari, ovvero della loro irragionevolezza e sproporzione finanziaria dovrà essere fornita dal datore di lavoro in termini concreti e rigorosi, tenendo quindi conto di tutte le soluzioni disponibili, ,quali la redistribuzione delle mansioni, il cambiamento dei turni, la riduzione o rimodulazione dell’orario di lavoro, nonché gli interventi di carattere materiale, come il riallestimento della postazione lavorativa”**.

**Il Tribunale di Bologna con ordinanza del 20.10.2013 resa in procedimento ex art. 1 comma 48 L.92/2012** (in controversia patrocinata da questo studio) ha ritenuto discriminatorio il licenziamento intimato al lavoratore per inidoneità sopravvenuta alla mansione ( il giudizio del medico competente dichiarava il lavoratore idoneo alla mansione con limitazioni) in stretta connessione temporale con la denuncia di malattia professionale. Si trattava, nella fattispecie, di un manovale edile destinatario, nel corso del rapporto, di diversi giudizi di idoneità al lavoro con prescrizioni e limitazioni che non ne avevano impedito l’utilizzo, almeno sino a quando non era stata presentata domanda di malattia professionale.

Il Tribunale ha ritenuto in particolare che la ragione addotta dalla impresa quanto alla impossibilità di assegnazione del lavoratore ad altre mansioni, ovvero la mancanza di patente di guida di gru e di muletti all’interno del magazzino, **“non può certamente essere considerata ostativa alla eventuale assegnazione di tali mansioni al ricorrente, previo conseguimento di tale titolo, senza particolari oneri a carico della società”**.

Secondo il Giudice il licenziamento deve qualificarsi come **“discriminatorio per handicap”**, in accoglimento anche in questo caso di una nozione di handicap di derivazione comunitaria, ovvero di malattia di lunga durata che abbia l’attitudine ad incidere negativamente sulla vita del lavoratore.

Poiché **“la condizione fisica accertata dal medico competente e dall’Inail”** rappresenta **“l’unico motivo del licenziamento intimato dalla V...”** il Tribunale ha ordinato la reintegra del lavoratore nel posto di lavoro pure in presenza di una realtà imprenditoriale di modeste dimensioni.

ooo

Non rare sono poi le ipotesi in cui la condizione menomativa - verificatasi in conseguenza della violazione delle norme in materia di prevenzione e sicurezza della salute del lavoratore - porti al superamento del periodo di comportamento ( per semplificare: del periodo massimo stabilito dalla contrattazione collettiva per la conservazione del posto di lavoro in ipotesi di assenza per malattia).

E' assolutamente consolidato il principio secondo il quale le giornate di assenza per malattia che abbiamo avuto in tutto o in parte causa nella nocività insita nelle modalità di espletamento della attività lavorativa o comunque nell'ambiente di lavoro, delle quali il datore di lavoro sia responsabile per aver omesso le opportune misure di prevenzione rinvenibili anche nelle specifiche norme di legge, non possono giustificare il licenziamento per "superamento del periodo di comportamento".

In tal senso Cassazione 5066/200, 7946/2011, nonché la giurisprudenza di merito : da ultimo Corte Appello Bologna, sentenza resa nella controversia con RGL 160/2014. Ancora si segnala la recente pronuncia della Suprema Corte 22 ottobre-15 dicembre 2014 n. 26307 secondo la quale i giorni di assenza derivanti da malattia causata dalla violazione dei precetti di cui all'art. 2087 cc non possono rientrare nel calcolo del periodo di comportamento.

La Corte afferma che nella fattispecie era risultato provato un inadempimento degli obblighi imposti dall'art 46 dlgs 626/94, dall'art. 11 della legge 653/94 e dal principio generale di cui all'art. 2087 cc. ( consegue, a contrario, che sono computabili le assenze per malattia per le quali non sia ravvisabile una qualsivoglia responsabilità del datore di lavoro).

La giurisprudenza ha pure sancito in diverse occasioni, con i "limiti" sopra evidenziati, il diritto del lavoratore divenuto inidoneo per patologia lavoro-correlata di pretendere dal datore di lavoro una collocazione lavorativa idonea a salvaguardare la sua salute nel rispetto dell'organizzazione aziendale. Vedi Cass. 13 dicembre 2000, n. 15688; Cass. 2 agosto 2001, n. 10754 :

**Oggi la disposizione di cui all'art. 3 comma 3 bis dlgs 276/2003 ( e le disposizioni sovranazionali) finiranno con il rafforzare anche tale previsione.**

In materia di "superamento del periodo di comportamento" e di applicazione dei principi di non discriminazione segnaliamo una interessante pronuncia resa dal **Tribunale di Bologna, estensore dott. Carlo Sorgi, RGL 452/2014**, in controversia patrocinata da questo studio, nella quale si ravvisava la esistenza di una discriminazione indiretta nel comportamento di una azienda che aveva licenziato una lavoratrice con grave disabilità per superamento del periodo di comportamento, le cui assenze dal servizio era state determinate dalla patologia invalidante. Afferma il Tribunale, che ha disposto la reintegra nel posto di lavoro della lavoratrice : *"Il*

*D.Lgs. n. 216 del 2003 (che ha recepito la direttiva comunitaria 2000/78) vieta le discriminazioni e chiarisce che la discriminazione può essere sia diretta (quando una persona viene posta in una situazione meno favorevole di un'altra) che indiretta quando l'adozione di un criterio "apparentemente neutro" finisce per porre alcuni in una posizione di svantaggio rispetto agli altri. La direttiva e il decreto di recepimento hanno superato quindi la nozione soggettiva di discriminazione (non è cioè necessario dimostrare che il datore di lavoro voleva effettivamente nuocere al disabile) per sanzionare tutti i comportamenti che pongono l'invalido in una situazione oggettiva di svantaggio a causa della sua invalidità. Sia il diritto dell'Unione sia la CEDU riconoscono che la discriminazione può derivare non solo dal trattamento diverso di persone che si trovano in una situazione analoga, ma anche da un medesimo trattamento riservato a persone che si trovano in situazioni diverse. In quest'ultimo caso si tratta di discriminazione "indiretta", in quanto la differenza non risiede tanto nel trattamento, quanto piuttosto negli effetti che esso produce, che sono percepiti in modo diverso da persone con caratteristiche differenti. La Cedu in particolare ha fatto propria questa definizione di discriminazione indiretta in alcune sentenze, affermando che "una differenza di trattamento può consistere nell'effetto sproporzionatamente pregiudizievole di una politica o di una misura generale che, se pur formulata in termini neutri, produce una discriminazione nei confronti di un determinato gruppo" (Cedu, sentenza 13 novembre 2007, D.H. e a. c. Repubblica ceca GC (n. 57325/00), punto 184; Cedu, sentenza 9 giugno 2009, Opuz c. Turchia (n. 33401/02), punto 183. Cedu, sentenza 20 giugno 2006, Zarb Adami c. Malta (n. 17209/02), punto 80 ). ...Nel caso in esame il comportamento che poteva considerarsi non scorretto nei confronti di una situazione ordinaria in un contesto tanto complesso, una portatrice di handicap con grave patologia tumorale in atto, determinava una situazione oggettivamente discriminatoria nei confronti di tale soggetto particolare.... Infatti se è vero che ordinariamente il lavoratore è in grado di verificare l'approssimarsi della scadenza del periodo di comporto nella situazione in esame per la sua gravità e la condizione derivata di sostanziale "minorata difesa" il richiamo ai principi di solidarietà sociale imponevano un diverso e più attivo comportamento da parte dell'azienda e tale mancato intervento ha determinato una situazione di discriminazione indiretta.*

**Da ultimo il Tribunale di Milano del 28.10.2016 ha considerato discriminatorio il licenziamento intimato ad un lavoratore portatore di handicap per superamento del periodo di comporto :** *"La previsione, per un lavoratore **disabile**, del medesimo **periodo di comporto** previsto per un lavoratore non disabile, costituisce discriminazione indiretta.*