

Stefania Buoso

L'inclusione sociale dei disabili alla luce del diritto dell'Unione europea

Sommario: **1.** La soggettività dei disabili dalla carta di Nizza. **2.** Le categorie di disabilità, malattia, obesità nella giurisprudenza europea. **3.** La condanna dell'Italia per recepimento non corretto della direttiva 2000/78/Ce. **3.** Dal d.lgs. 216 del 2003 al d.lgs. 151 del 2015, percorsi evolutivi. **5.** Il ragionevole accomodamento nella giurisprudenza interna e le prospettive di estensione della tutela. **6.** Il lungo cammino dell'Europa sociale.

1. *La soggettività dei disabili dalla carta di Nizza*

La tutela della eguale dignità degli esseri umani si esprime attraverso l'utilizzo di un lessico condiviso, che identifichi la soggettività di ciascuno come "persona": il riconoscimento e la piena titolarità nonché effettività dei diritti delle persone con disabilità si configura, nondimeno, come un percorso complesso¹.

Il diritto primario europeo, con l'art. 26 della Carta dei diritti fondamentali di Nizza del 2000, segna un passaggio fondamentale in questa direzione: nel riconoscimento e nel rispetto del diritto delle persone con disabilità di beneficiare di misure deputate ad assicurarne l'autonomia, l'integrazione sociale e lavorativa nonché la partecipazione alla vita della comunità è possibile rintracciare il progetto d'inclusione che dovrebbe plasmare

¹ CHARLTON, *Nothing about us without us. Disability oppression and empowerment*, University of California Press 2000; *Disability rights in Europe*, ed. By LAWSON, GOODING, Hart Publishing 2005; LAWSON, *Disability and equality law in Britain. The role of reasonable adjustment*, Hart Publishing 2008. Quanto al riferimento al percorso in cui la persona disabile diventa soggetto di diritti e di giustizia, v. BERNARDINI, *Disabilità, giustizia, diritto. Itinerari tra filosofia del diritto e Disability Studies*, Giappichelli, 2016, p. 78 ss.

l'intervento regolativo di ciascuno degli ordinamenti giuridici europei, un disegno che parte – appunto – dalle persone e dalla loro eguaglianza di umanità.

Si tratta di una enunciazione di principio che ha segnato lo spostamento “dalla protezione paternalistica dei disabili al loro diritto alla piena inclusione”², facendone una questione non più solo di assistenza sociale e di *welfare* ma soprattutto di piena partecipazione alla vita della comunità. In precedenza, l'approccio tradizionalmente diffuso, di diritto diseguale, si fondava su una separatezza e diversità insuperabile che, a sua volta, prendeva le mosse da categorie giuridiche di natura teorica (capacità, idoneità, facoltà) che escludevano chiunque si discostasse dal modello base di normalità³.

Per “persone con disabilità” s'intendono “coloro che presentano durezze menomazioni fisiche, mentali, intellettive o sensoriali che, in interazione con barriere di diversa natura possono ostacolare la loro piena ed effettiva partecipazione alla società su base di eguaglianza con gli altri”: tale definizione, mutuabile dalla Convenzione Onu del 2006, consente tra l'altro di costruire un ponte interpretativo con il nostro art. 3 della Costituzione che impegna la Repubblica a rimuovere gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona umana e la piena partecipazione alla vita della comunità. Le menomazioni di varia natura sono identificate, sì, come ostacoli ma, nel quadro della tutela sostanziale della eguaglianza sono oggetto di rimozione da parte dell'ordinamento, presupponendo un “agire” da parte delle istituzioni pubbliche e, nel più ristretto contesto del lavoro, da parte di chi organizza l'attività produttiva.

Mantenendo il parallelismo tra Convenzione Onu⁴ e carta costituzionale italiana si osserva come al riconoscimento del “diritto al lavoro delle persone con disabilità su base di eguaglianza con gli altri”, di cui all'art. 27 del documento internazionale, corrisponde il riconoscimento del diritto al lavoro per “tutti i cittadini”, di cui all'art. 4 cost. a dimostrare, ancora una volta, la profonda attualità della nostra Carta.

L'Unione ha, peraltro, ratificato la convenzione Onu e adottato una

² IZZI, *Articolo 26*, in MASTROIANNI, POLLICINO, ALLEGREZZA, PAPPALARDO, RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Giuffrè, 2017, p. 498.

³ BARBERA, *Le discriminazioni basate sulla disabilità*, in BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, 2007, p. 79.

⁴ *The Un convention on the rights of persons with disabilities in practice. A comparative analysis of the role of courts*, ed. by WADDINGTON, LAWSON, Oxford 2018.

Strategia europea sulla disabilità (2010-2020), quest'ultima corredata di diverse aree d'azione congiunta tra Unione e Stati membri finalizzate proprio a riprodurre obiettivi e contenuti della convenzione.

Il punto di partenza teorico di questo scritto è l'affiancamento, in una prospettiva di complementarietà, delle due formule d'inclusione sociale: tramite il lavoro e tramite assistenza⁵. Chi scrive intende, quindi, affermare la coesistenzialità tra misure di inserimento lavorativo e, in senso lato, di *welfare*, pur non potendo – nello spazio di questo saggio – indugiare sull'esame di ciascuno dei singoli interventi assistenziali operati nel nostro ordinamento, ciò implicherebbe una analisi su più livelli di governo, visto il sovente rinvio da parte della legge a regole o fondi regionali⁶.

La scelta espositiva è, dunque, quella di circoscrivere la riflessione alle acquisizioni d'inclusione sociale che si fondano sul diritto eurounitario: i precetti negativi – di diritto antidiscriminatorio – e positivi sono essi stessi funzionali al raggiungimento della finalità inclusiva, non solo in quanto direttamente rivolti alla persona disabile ma anche a chi si occupa della cura. Il caso Coleman, di cui alla pronuncia della Corte di Giustizia 17 luglio 2008, C-303/06, pone ben in evidenza come il principio di parità di trattamento non debba essere inteso in senso restrittivo, configurando una estensione delle regole di diritto antidiscriminatorio anche nei confronti di chi si occupa dei disabili⁷. Con riferimento alla inclusione c.d. mediata, la giurisprudenza interna prevalente ribadisce, per il familiare, il diritto di scelta della sede di lavoro più vicina al disabile e il divieto di trasferimento anche quando lo spostamento avvenga nell'ambito della stessa unità produttiva o di unità produttive vicine⁸.

⁵ ZOPPOLI, *Reddito di cittadinanza, inclusione sociale e lavoro di qualità: profili giuridico istituzionali*, in *DLM*, 2007, p. 75. L'Autore spiega che l'inclusione sociale si esplica "tramite il lavoro" e "tramite assistenza", modalità che nell'ordinamento dovrebbero, quantomeno, coesistere pacificamente.

⁶ La riflessione sulla inclusione tramite assistenza pone principalmente, ma non solo, il problema del rapporto tra risorse e misure assistenziali, così come è emerso nella sentenza costituzionale 275/2016 sul diritto allo studio e al trasporto dei disabili. D'ONGHIA, *Welfare e vincoli economici nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *LD*, 2018, p. 93; si veda, per il rapporto tra misure assistenziali, disabilità e regole sulle unioni civili PISTORE, *Permessi e congedi per l'assistenza delle persone con disabilità. Stato dell'arte e profili critici alla luce della l. n. 76 del 2016*, in *WP CSDLE Massimo D'Antona.IT*, 375/2018.

⁷ Per una applicazione della dottrina Coleman v. Tribunale Milano, 20 settembre 2010; Tribunale Pavia 19 settembre 2009.

⁸ DI NOIA, *Ancora sulla "perimetrazione" delle agevolazioni ex art. 33 co. 5 l. n. 104/1992 per i*

In questo quadro, il tema del ragionevole accomodamento, di matrice europea, può fornire un apporto di sicuro interesse, configurandosi anche come corollario del principio europeo dell'adeguamento del lavoro all'essere umano⁹.

2. *Le categorie di disabilità, malattia, obesità nella giurisprudenza europea*

Il testo della direttiva 2000/78/Ce, che stabilisce un quadro generale sulla parità di trattamento in materia di occupazione e condizioni di lavoro, rovesciando il precedente approccio di diritto diseguale, si fonda non solo sui divieti di discriminazione diretta e indiretta relativi alla disabilità ma anche sull'obbligo positivo del datore di lavoro di adottare soluzioni ragionevoli. All'interno del perimetro degli articoli 1, 2 e 5 nonché del considerando 20 della direttiva si sviluppa l'apparato interpretativo della Corte di giustizia in materia. Nell'art. 1 della direttiva la disabilità rappresenta uno dei fattori di rischio sui quali intervenire per rendere effettivo il principio di parità di trattamento, d'altra parte le nozioni di discriminazione diretta e indiretta delineano il campo dell'agire vietato per quanto attiene ai trattamenti meno favorevoli in ragione della disabilità e gli atti apparentemente neutri idonei a mettere in una posizione di svantaggio la persona disabile, così come si legge all'art. 2.

La mancanza di una definizione di disabilità nella legislazione europea ha conferito alla Corte di giustizia ampio spazio di movimento nonché la possibilità di plasmare una nozione evolutiva¹⁰, concorrendo a delinearne il

lavoratori che assistono un familiare disabile, in *RIDL*, 2018, II, p. 91; Cass. 3 novembre 2015, n. 22421 con nota di BUOSO, *Trasferimento (implicito) e salvaguardia delle esigenze di assistenza del familiare disabile a seguito di pronuncia di illegittimità del termine*, in *RIDL*, 2016, II, p. 480 ss.; CALAFÀ, *Disabilità e lavoro: il diritto di scelta della sede del lavoratore (non solo) pubblico*, in *RGL*, 2008, II, p. 890 ss. Le agevolazioni rivolte a familiari, di cui all'art. 33 co. 5 della l. 104/1992, devono essere bilanciate con l'interesse organizzativo datoriale, anch'esso meritevole di tutela.

⁹ Ad esso si trovano riferimenti espliciti nella direttiva quadro 89/391/Cee concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro, ma anche nella dir. 93/104/Ce e 2003/88/Ce su taluni aspetti della organizzazione dell'orario di lavoro.

¹⁰ VARVA, *Malattie croniche e lavoro tra normativa e prassi*, in *RIDL*, 2018, p. 109 ss. L'Autore auspica un recupero di centralità da parte del legislatore, sottolineando che "in una basilare logica di divisione dei poteri è solo" al legislatore "che compete l'opera di ponderazione generale

campo di applicazione *ratione personae*: è fuor di dubbio, difatti, che il modo d'intendere la disabilità ha un impatto decisivo anche sulle scelte regolative di protezione sociale¹¹.

Gli sviluppi giurisprudenziali hanno visto il passaggio da una nozione medica a una c.d. bio-psico sociale, così come risulta dal richiamo alle principali pronunce. In *Chacon Navas per handicap* si intende un «limite che deriva, in particolare, da minorazioni fisiche, mentali o psichiche (...) che ostacola la partecipazione della persona considerata alla vita professionale» mentre in *HK Danmark* «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 eguaglianza con gli altri lavoratori, e tale limitazione sia di lunga durata»¹². Tale ultima definizione lascia intendere che non basta, a configurare disabilità, uno stato limitante relativo alla persona intesa nella sua individualità ma occorre, invece, mettere in relazione detto stato con barriere di varia natura idonee ad ostacolare la partecipazione alla vita della comunità.

Il transitare da una concettualizzazione meramente medica ad una più ampia che comprende aspetti sociali e d'interazione, ben rappresentato nelle due sentenze citate, non impedisce però di mantenere ferma e netta la distinzione tra disabilità e malattia che in *Chacon Navas* trova il proprio fondamento, confermato peraltro dalla giurisprudenza successiva. Qui il riferimento letterale ai fattori di rischio elencati all'art. 1 della direttiva 2000/78/Ce diventa risolutivo nel senso che «il legislatore ha deliberatamente scelto un termine diverso da quello di malattia», venendo ad essere «esclusa» una assimilazione pura e semplice delle due nozioni (v. p. 44). Questo è vero benché le stesse abbiano contatti, così come emerge nella definizione di *HK Danmark*: la malattia può avere un rapporto di causalità rispetto alla disabilità ma quello di malattia è un criterio non «indissolubilmente» le-

tra valori e interessi, nel caso specifico scegliendo *an, quid, quando e quomodo* circa le forme di tutela specificamente mirate a rispondere alle esigenze peculiari dei malati cronici”.

¹¹ FAVALLI, FERRI, *Defining disability in the EU non-discrimination legislation: judicial activism and legislative restraints*, in *European Public Law*, 2016, p. 1ss.; *European yearbook of disability law*, ed. by QUINN, WADDIGTON, Intersentia 2009.

¹² Corte di giustizia 11 luglio 2006, C-13/05 *Chacon Navas*; Corte di giustizia 11 aprile 2013, C-335/11 e 337/11 *Hk Danmark*.

gato all'*handicap*: da ciò deriva che la malattia, di per sé, non entra nel campo di applicazione della direttiva 2000/78/Ce¹³.

Sulla caratterizzazione temporale dello stato di limitazione viene, in altra occasione, precisato che “il carattere duraturo della menomazione deve essere esaminato tenuto conto dello stato di incapacità”, trattandosi di valutazione fattuale alla quale è tenuto il giudice del rinvio. La limitazione è duratura quando la menomazione non presenti una prospettiva ben delimitata di superamento nel breve periodo¹⁴.

In questo quadro, l'ipotesi della malattia cronica che si caratterizza per l'irreversibilità dello stato patologico oltre che del lungo – e non determinabile *ex ante* – decorso, può godere di tutele e previsioni normative di favore nei limiti in cui le persone con malattia cronica “soddisfino le condizioni per essere classificate come disabili”. Neppure la categoria giuridica in discorso ha, infatti, una propria autonomia¹⁵.

Il caso Kaltoft¹⁶ ha, d'altra parte, dato modo alla Corte del Lussemburgo di prendere in considerazione il fattore obesità¹⁷ giungendo ad affermare non solo che lo stesso non è menzionato dal testo della direttiva antidiscriminatoria ma anche che l'ambito di applicazione del testo europeo non deve essere esteso per analogia al di là delle discriminazioni fondate sui motivi elencati tassativamente all'art. 1 (v. p. 35); il diritto dell'Unione europea non

¹³ Il licenziamento esclusivamente a causa di malattia non rientra nel quadro generale di lotta contro la discriminazione fondata sull'*handicap*, la malattia infatti è criterio che non si aggiunge a quelli di cui alla direttiva 2000/78/Ce.

¹⁴ Corte di giustizia 1 dicembre 2016, C-395/15, Daouidi. FERRI, *Daouidi vs Bootes Plus SL and the concept of “disability” in the EU anti-discrimination law*, in *ELLJ*, 2019, p. 69.

¹⁵ VARVA, *Malattie croniche e lavoro tra normativa e prassi*, cit.; si veda anche TIRABOSCHI, *Le nuove frontiere dei sistemi di welfare: occupabilità, lavoro e tutela delle persone con malattie croniche*, in *DRI*, 2015, p. 681; MILITELLO, *La tutela del lavoratore affetto da patologia oncologica in Italia*, in *DRI*, 2018, p. 479, in tal caso viene sottolineato che, pur non rientrando espressamente nel dettato della dir. 2000/78/Ce, il lavoratore affetto da patologia oncologica ha diritto a condizioni di lavoro “sane, sicure e dignitose”, così come recita l'art. 31 della Carta dei diritti fondamentali del 2000, e, per questo, ai dovuti adeguamenti del lavoro (*in primis* “l'adattamento dell'istituto della sospensione del rapporto di lavoro con conseguente conservazione dell'occupazione e della retribuzione”). Secondo l'Autrice “la mancata differenziazione del trattamento riservato alla malattia in generale da quello della malattia oncologica (...) genera una discriminazione nel trattamento della malattia direttamente connessa proprio alla condizione di malato oncologico”, cfr. p. 480.

¹⁶ Corte di giustizia 18 dicembre 2014, C- 354/13, Kaltoft.

¹⁷ Nell'ipotesi di cui alla causa principale viene contestato il licenziamento di una persona obesa.

stabilisce, invero, alcun principio generale di non discriminazione a motivo della obesità. Non si tratta, tuttavia, di una chiusura interpretativa netta. Lo stato di obesità rientra sotto l'ombrello protettivo della direttiva 2000/78/Ce se comporta una limitazione che, in interazione con barriere di diversa natura, impedisce la piena partecipazione del soggetto. L'obesità, pur non menzionata testualmente dal diritto secondario europeo, può, in altre parole, concorrere con altri elementi di menomazione e giustificare, caso per caso, l'applicazione della tutela antidiscriminatoria in parola; è necessario, appunto, che il giudice nazionale valuti la ricorrenza di determinate condizioni.

L'obesità potrebbe ostacolare la piena ed effettiva partecipazione su un piano di uguaglianza con gli altri lavoratori per esempio a causa della mobilità ridotta o dell'insorgenza di patologie che impediscano di svolgere l'attività lavorativa; nel caso valutato dalla corte il sig. Kaltoft, pur essendo obeso, aveva esercitato la propria attività lavorativa per ben quindici anni. La definizione della nozione di *handicap*, spiega peraltro la corte al p. 57, precede la determinazione e la valutazione delle misure di accomodamento appropriate previste dall'art. 5 della direttiva; si tratta di misure che, tengono conto, sì, dei bisogni delle persone disabili, ma non rappresentano elemento costitutivo della nozione cosicché la loro adozione non è rilevante rispetto alla sussistenza o meno dei requisiti di applicabilità della direttiva 2000/78/Ce.

3. *La condanna dell'Italia per recepimento non corretto della direttiva 2000/78/Ce*

La sentenza di condanna dell'Italia da parte della Corte di giustizia¹⁸ mette in luce una serie di questioni relative alla effettività della tutela sociale delle persone disabili e, più in generale, alla fase discendente del diritto eurounitario, nel senso di adeguamento dell'ordinamento interno agli obblighi europei.

I profili problematici riguardano non solo la pluralità e frammentarietà¹⁹ delle fonti ma anche il loro collocarsi su diversi livelli di governo dato che, come la stessa sentenza del giudice del Lussemburgo rileva in più punti, le

¹⁸ Corte di giustizia 04 luglio 2013, C-312/11 Commissione europea vs Repubblica Italiana.

¹⁹ RICCARDI, *Disabili e lavoro*, Cacucci, 2018, p. 23. L'Autrice parla di "frammentazione" con riferimento alla "divisione in categorie" e ai "requisiti d'accesso" della tutela dei disabili.

regioni sono competenti a disciplinare con propri atti diversi profili d'intervento a favore delle persone disabili. È, in particolare, la legge 104/1992 che attribuisce alle regioni la competenza a regolamentare “le agevolazioni ai singoli disabili per recarsi al posto di lavoro”, “nonché gli incentivi, le agevolazioni e i contributi accordati ai datori di lavoro, anche al fine di adattare il posto di lavoro” (p.63).

Il fulcro della vicenda processuale riguarda l'attuazione dell'art. 5 della direttiva 2000/78/Ce: secondo la Commissione – pur di fronte a una pluralità di norme – nell'ordinamento italiano non esiste alcuna disposizione espressa di recepimento dell'obbligo generale di ragionevole accomodamento.

Le norme dichiarate rilevanti sono la citata legge n. 104/1992 “Legge quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate”, la legge n. 68/99 recante “Norme per il diritto al lavoro dei disabili”, il d. lgs. 216/2003 espressamente di “Attuazione della direttiva 2000/78/Ce per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro”, nonché il d. lgs. 81 del 2008 in materia di tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro.

Una delle precisazioni preliminari, attiene al lessico: come si argomentava in precedenza, l'utilizzo dell'espressione “persona disabile” pare più opportuno e, in sé, esplicativo della soggettività del disabile; resta da precisare comunque che, nell'intero panorama delle norme lavoristiche citate nell'ordinamento interno²⁰, ricorrono anche le categorie giuridiche di “invalido” e “inabile”, trattandosi nel primo caso di soggetto con una lesione della capacità lavorativa specifica mentre, nel secondo, della capacità lavorativa generica²¹.

La Corte di giustizia, nella pronuncia in discorso, prende in rassegna i testi normativi citati e sottolinea che “non è sufficiente disporre misure pubbliche di incentivo e di sostegno ma è compito degli Stati membri imporre a tutti i datori di lavoro l'obbligo di adottare provvedimenti efficaci e pratici, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, a favore dei disabili”, così come emerge dall'art. 5 della direttiva (cfr. p. 62).

Maurizio Cinelli rileva che l'impressione di “severità” della sentenza

²⁰ Si pensi, prima di tutto all'art. 38 Cost. nei suoi commi 1 e 2.

²¹ V. AVIO, *I lavoratori disabili tra vecchie e nuove discipline*, in *I lavoratori svantaggiati tra eguaglianza e diritto diseguale*, a cura di BALLESTRERO, BALANDI, 2005, Il Mulino, p. 155 ss.

della corte potrebbe derivare dalla “non buona reputazione” di cui il nostro Paese è oggetto nel settore: per questo l'enfasi sul dato letterale e il “richiamo forte” fatto al nostro Paese²².

Dal testo della pronuncia emerge chiaramente, dunque, il mancato recepimento in modo “completo” e “corretto” dell'obbligo relativo al ragionevole accomodamento, soprattutto a partire dal basso grado di effettività che, nei fatti, caratterizza le norme protettive del lavoro.

Viene, in altre parole, fatto perno su un richiamo “diretto” alla responsabilità di tutti i datori di lavoro, ai fini della individuazione di soluzioni il più possibile concrete. A livello interpretativo si può affermare, dunque, che completezza e correttezza della attuazione presuppongano un richiamo testuale dell'enunciato europeo di “accomodamento ragionevole” da parte del testo normativo di recepimento; si badi bene che il testo del d. lgs. 216/2003, nei suoi contenuti originari, non arrecava in sé alcun riferimento alla nozione di accomodamento ragionevole, né le altre precedenti norme presenti nell'ordinamento risultavano veicolare significato analogo.

Appare importante, in proposito, l'accostamento tra le nozioni di collocamento mirato e di accomodamento ragionevole, al fine di individuarne i punti di contatto. La prima, di cui all'art. 2 della legge 68/99, attiene principalmente alla fase dell'inserimento lavorativo e consiste nel mettere in rapporto le capacità lavorative della persona con disabilità con l'analisi dei posti e favorendo il conseguente inserimento; la seconda, invece, si presenta con sfumature di significato più ampie e onnicomprensive di tutte le possibili azioni che il datore di lavoro può svolgere nelle varie fasi dell'impiego (v. art. 5 e considerando 20 dir. 2000/78/Ce).

La riflessione sui modi di attuazione del diritto europeo lambisce questioni relative alle regole sugli *standard* protettivi, con particolare riferimento, al non regresso e alla c.d. clausola delle disposizioni più favorevoli²³; la Corte di giustizia configura, nella pronuncia in parola, i tratti principali del recepimento “completo e corretto” di una direttiva europea che può, invero, spingersi fino a richiedere una attuazione letterale dell'istituto di matrice europea, degli obiettivi e delle finalità che questo è deputato a raggiungere.

Il c.d. accomodamento ragionevole si accompagna all'universalismo sog-

²² CINELLI, *Insufficiente per la Corte di giustizia la tutela che l'Italia assicura ai lavoratori disabili: una condanna realmente meritata?*, in *RIDL*, 2013, p. 935.

²³ DELFINO, *Il principio di non regresso nelle direttive in materia di politica sociale*, in *DRLI*, 2002, p. 449 ss.

gettivo, in quanto applicabile a “tutti i disabili” e obbligatorio per “tutti i datori di lavoro”; esso appare, in altri termini, come insieme vasto di misure idonee a portare in ciascun posto di lavoro e a ciascun destinatario i tratti di eguaglianza che le regole europee hanno plasmato, per il tramite del recepimento nell’ordinamento interno²⁴, una tutela effettiva, *case by case*, delle posizioni giuridiche soggettive dei disabili. Rileva anche la distinzione tra il concetto di accessibilità e quello di ragionevole accomodamento: mentre il primo è incondizionato e ha un rilievo “di gruppo” il secondo ha una natura individualizzata; l’obbligo di realizzare accomodamenti ragionevoli sorge, infatti, *ex nunc* solo nel momento in cui una persona con disabilità necessita di una particolare soluzione organizzativa²⁵.

4. Dal d. lgs. 216 del 2003 al d. lgs. 151 del 2015, percorsi evolutivi

L’aggiunta del co. 3 bis all’art. 3 del d. lgs. 216/2003, ad opera dell’art. 9 co. 4 del d.l. 76/2013 convertito in l. 99/2013, ha configurato il primo intervento espressamente di risposta alla condanna da parte della Corte del Lussemburgo e il legislatore più recente è, di nuovo, tornato sul tema della effettività della tutela delle persone disabili con il d. lgs. n. 151/2015²⁶, intervenuto a modificare la legge 68/99²⁷.

Se il co. 3 bis ha un “effetto potenzialmente dirompente” sulle acquisizioni teorico-giurisprudenziali di intangibilità del potere organizzativo datoriale nel senso di “tutelare il diritto al lavoro” della persona disabile²⁸, d’altra parte è di sicuro interesse la promozione dell’istituzione della figura del re-

²⁴ BRESCIANI, *I modelli regionali di attuazione della l. 68/99*, paper presentato al convegno *I giovani giuslavoristi e gli studi di diritto del lavoro*, Bari 23-24 novembre 2018.

²⁵ Cfr. FERRI, *Reasonable accomodation as a gateway to the equal enjoyment of human rights: from New York to Strasbourg*, in *Social Inclusion*, 2018, p. 40; si veda anche *Reasonable accomodation for disabled people in employment context*, prepared by FERRI, LAWSON, Luxemburg: Publication office of the European commission, 2016.

²⁶ Le modifiche apportate alla legge 68/99 “sono finalizzate con tutta evidenza a fornire una qualche risposta alla pronunzia della Corte europea, pur nella totale e per certi versi inspiegabile assenza di riferimenti alla stessa”, v. GAROFALO, *Jobs act e disabili*, in *RDSS*, 2016, p. 90.

²⁷ AVIO, Artt. 3-14, *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, 2017, Kluwer, p. 1490 ss.

²⁸ SPINELLI, *La nuova disciplina dell’inserimento al lavoro delle persone disabili (d. lgs. 151/2015) nel quadro della normativa internazionale e dell’Unione europea*, in *Semplificazioni – sanzioni – ispezioni nel Jobs act 2*, a cura di GHERA, GAROFALO, Cacucci, 2016, p. 16.

sponsabile dell'inserimento lavorativo (d'ora in poi RIL)²⁹, deputato all'analisi delle caratteristiche dei posti di lavoro da assegnare ai disabili anche in considerazione degli accomodamenti ragionevoli che il datore di lavoro è tenuto ad adottare (v. art. 1 lett. *d* ed *e* del d. lgs. 151/2015). È significativo il riferimento ai sistemi di incentivi accordati ai datori di lavoro che assumono persone con disabilità di cui agli articoli 13 e 14 della l. 68/99 come modificata dal lgs. 151/2015. Per i profili qui d'interesse si richiama l'attenzione sulla funzione del Fondo regionale per l'occupazione dei disabili che può essere utilizzato per il rimborso forfettario delle spese effettuate per l'adozione di ragionevoli accomodamenti a beneficio di lavoratori con capacità lavorativa residua inferiore al 50%; è significativa la precisazione secondo cui le “tecnologie di telelavoro” nonché le azioni di “riduzione delle barriere architettoniche”³⁰ costituiscono, a tal fine, soluzioni di accomodamento ragionevole³¹. Si noti, peraltro, che l'implementazione delle tecnologie di telelavoro, con esclusivo riferimento ai disabili, può configurarsi come rischiosa qualora sia intesa come misura prevalente e qualora abbia l'effetto sostanziale di sottrarli dal contesto lavorativo, configurandosi una eterogenesi delle finalità di inclusione; è cosa diversa, d'altra parte, se il più ricorrente ricorso alle tecnologie di telelavoro si accredita come misura generalizzata di benessere lavorativo. I più recenti studi riguardanti il telelavoro segnalano i suoi effetti “ambivalenti”: se lo stesso sembra favorire un maggior controllo sui tempi di lavoro, dall'altro le indagini rivelano un maggiore isolamento sociale e minori forme di supporto “da parte di colleghi e superiori”. Tale ultimo dato sembra avere, peraltro, conseguenze negative in merito allo sviluppo della capacità di fare fronte alle difficoltà lavorative e “avere anche ripercussioni sull'efficienza lavorativa”³².

Al momento di redazione di questo scritto non risulta emanato, nel la-

²⁹ La figura potrebbe essere coerente con la strategia del *diversity management* (modelli di gestione del personale che puntano sul miglioramento della produttività del lavoro), v. SPINELLI, *La nuova disciplina dell'inserimento al lavoro delle persone disabili (d. lgs. 151/2015) nel quadro della normativa internazionale e dell'Unione europea*, cit., p. 19.

³⁰ Le medesime erogazioni possono essere utilizzate anche per l'istituzione della figura del responsabile dell'inserimento lavorativo.

³¹ Lo rileva AVIO, facendo leva sul dato letterale e l'utilizzo della espressione “incluso” piuttosto che “o” (co. 4 art. 14). Cfr. AVIO, Artt. 3-14, *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, cit., p. 1492.

³² FRACCAROLI, DEPOLO, *Salute psicologica e lavoro: fattori di rischio occupazionale e organizzativo*, in *DLRI*, 2017, p. 654.

voro privato, il decreto ministeriale attuativo citato dal d. lgs. 151/2015 mentre si registra che la figura del “responsabile dei processi di inserimento delle persone con disabilità” è stata delineata, nel lavoro pubblico, dal d. lgs. 75/2017 che, al proprio art. 10, ha modificato l’art. 39 ter del d. lgs. 165/2001. Le amministrazioni pubbliche con più di 200 dipendenti sono tenute, invero, a nominare un responsabile dei processi di inserimento: egli cura i rapporti con i centri per l’impiego per l’inserimento lavorativo dei disabili, predispone – sentito il medico competente – accorgimenti organizzativi o propone soluzioni tecnologiche per facilitare l’integrazione al lavoro, anche ai fini dei necessari accomodamenti ragionevoli; verifica, inoltre, l’attuazione del processo d’inserimento segnalando eventuali situazioni di disagio e di difficoltà d’integrazione.

5. *Il ragionevole accomodamento nella giurisprudenza interna e le prospettive di estensione della tutela*

La questione interpretativa dirimente, nella giurisprudenza, attiene al bilanciamento tra libertà d’iniziativa economica e diritto al lavoro della persona disabile, beni giuridici tutelati anzitutto dalla carta costituzionale.

Benché la novella d’inserimento testuale del “ragionevole accomodamento” sia recente, vi è nell’ordinamento altra norma la cui interpretazione si è analogamente posta al centro della contesa tra i beni giuridici in discorso. Il riferimento è all’art. 10 co. 3 della legge 68/99 ai sensi del quale il rapporto di lavoro può essere risolto qualora, anche utilizzando i “possibili adattamenti dell’organizzazione” del lavoro, la commissione Inail a ciò deputata accerti la definitiva impossibilità di reinserire il disabile all’interno dell’azienda³³.

È, qui, dibattuta la consistenza degli adattamenti organizzativi a fronte dell’aggravamento della condizione di salute del disabile. Le due principali linee interpretative vedevano alternarsi un approccio minimalista, dovendo tali accorgimenti essere esigibili già in attuazione del principio generale di buona fede e correttezza nell’esecuzione del contratto (artt. 1175 e 1375 c.c.); nonché un approccio più articolato in cui, qualora gli interventi richiesti abbiano un carattere più complessivo, è revocata in dubbio la identificazione dei destinatari dell’obbligo di cooperazione: riguardando il disabile obbliga-

³³ Cfr. Cass. 13 novembre 2009, n. 24091.

toriamente assunto che si sia aggravato, il soggetto divenuto invalido nel corso del rapporto oppure il disabile il cui stato di salute si riveli incompatibile con le mansioni³⁴.

Sul piano interpretativo, l'espressione "possibili adattamenti" è stata intesa come ricomposizione di mansioni e ruoli da affidare al lavoratore protetto, ma non a modificare in modo sostanziale la organizzazione³⁵; confermando la linea giurisprudenziale che ammetteva adattamenti organizzativi in fase iniziale del rapporto ma escludendoli in ogni altro caso. Veniva, difatti, escluso che il datore di lavoro fosse "costretto a modificare o adeguare - con inammissibili costi aggiuntivi - la sua organizzazione aziendale alle condizioni di salute del lavoratore protetto, né a creare un nuovo posto di lavoro"³⁶, dal momento che "le limitazioni di libertà nello svolgimento delle attività economiche introdotte dalla normativa sul collocamento obbligatorio possono incidere sulla scelta dei collaboratori da assumere ma non sull'assetto organizzativo"³⁷.

È proprio in tale contesto che la novità legislativa sul ragionevole accomodamento acquista un valore rafforzativo delle istanze di tutela del disabile, nel senso della eliminazione delle barriere di diversa natura che "ostacolano la piena ed effettiva partecipazione delle persone disabili alla vita professionale su base di eguaglianza con gli altri lavoratori". Si tratta di soluzioni non solo materiali ma anche organizzative o relative alla cadenza o velocità con cui si effettua il lavoro (si veda, soprattutto, la sentenza Hk Danmark, p. 55).

L'impatto della novella sul ragionevole accomodamento è delineato, in particolare, da una pronuncia del Tribunale di Pisa, successiva al d. lgs. 216 del 2003: "l'esistenza di un giustificato motivo oggettivo di recesso costituito dalla sopravvenuta superfluità per quell'organizzazione della prestazione (in quanto non più utilmente impiegabile senza rischi per la sua salute) potrebbe

³⁴ TOMIOLA, *L'obbligo di cooperazione del datore di lavoro in caso di aggravamento dello stato di salute del lavoratore disabile*, in *RIDL*, 2009, p. 656.

³⁵ Cfr. Tribunale Ferrara 22 ottobre 2008.

³⁶ Cass. 26 settembre 2002, n. 13960 secondo cui "il collocamento obbligatorio può far insorgere, a carico del datore di lavoro, un obbligo a contrarre nei confronti dell'invalido avviato sempreché esistano nell'azienda posizioni lavorative compatibili con il grado di menomazione da cui è affetto il soggetto protetto". Si veda anche Cass. 13 maggio 1994, n. 4667.

³⁷ TOMIOLA, *L'obbligo di cooperazione del datore di lavoro in caso di aggravamento dello stato di salute del lavoratore disabile*, cit., p. 656 ss.

ritenersi solo ove fosse verificata anche l'infruttuosità o l'impraticabilità di modifiche delle attrezzature aziendali, dei turni o della distribuzione delle mansioni, aventi un costo non sproporzionato". E' possibile, ivi, cogliere il richiamo alla direttiva europea che, nella esemplificazione del considerando 20, pone l'accento sulla sistemazione dei locali e delle attrezzature, dei ritmi di lavoro, della ripartizione dei compiti in funzione dell'*handicap*. Le conseguenze di tale assunto ricadono direttamente sul piano probatorio nel senso che grava sulla parte datoriale provare l'inesistenza o inutilità di tali ragionevoli accomodamenti, in quanto necessariamente costitutivi del giustificato motivo oggettivo, "alla luce dell'obbligo legale di non discriminazione per motivi di *handicap*". La prova, d'altra parte, non è raggiunta se presso l'unità produttiva permangono posizioni professionali che possano essere ricoperte senza pregiudizio per la salute della lavoratrice, anche sulla base della sola ricostruzione dei compiti tra gli addetti. La mancata adozione di misure di riassetto organizzativo configura "violazione del generale principio di parità di trattamento dei lavoratori portatori di *handicap* posto dalla direttiva 2000/78 e nell'ordinamento interno dal d. lgs. 216/2003, senza che (...) rilevì in alcun modo l'esistenza o la prova di un soggettivo intento (...) di discriminare la ricorrente", il divieto di discriminazione opera obiettivamente³⁸.

Il ragionevole accomodamento consente, dunque, di superare "il dogma della intangibilità dell'organizzazione aziendale"³⁹: in astratto, nessuna modificazione organizzativa è, come tale, esclusa dal raggio applicativo del concetto stesso. La verifica giudiziale si svolge in concreto nel valutare la ragionevolezza dello sforzo di adattamento e cooperazione del datore di lavoro, in considerazione delle specifiche circostanze del caso. L'analisi dei costi – e il relativo giudizio di eventuale sproporzione – è da effettuarsi in relazione a dimensioni e risorse dell'impresa: non è mera analisi aziendale costi/benefici ma autentico bilanciamento di interessi; in ipotesi di licenziamento della persona disabile, per il datore di lavoro si assommano, in altre parole, l'obbligo di *repechage* in senso stretto e di accomodamento ragionevole⁴⁰.

Si segnala, in proposito, che nella citata sentenza *Chacon Navas* si può in-

³⁸ Le citazioni sono tratte dalla sentenza del Trib. di Pisa 16 aprile 2015, giudice estensore Tarquini.

³⁹ CIMAGLIA, *Niente su di noi senza di noi: la Corte di giustizia delinea il nuovo diritto al lavoro delle persone con disabilità*, in *RGL*, 2013, III, p. 405.

⁴⁰ GIUBBONI, *Sopravvenuta inidoneità alla mansione e licenziamento. Note per una interpretazione adeguatrice*, in *RIDL*, 2012, II, p. 289 ss.

dividuaire entro quali limiti le persone disabili siano tutelate per quanto attiene alle condizioni di licenziamento; viene, di talché, statuito che il divieto in materia di licenziamento, relativo alla discriminazione fondata sull'handicap, osta a un licenziamento fondato su un *handicap* che, tenuto conto dell'obbligo di prevedere soluzioni ragionevoli per i disabili, “non sia giustificato dal fatto che la persona di cui trattasi non è competente, capace, o disponibile a svolgere le mansioni essenziali del suo posto di lavoro” (p. 51 della sentenza *Chacon Navas*). Tale pronuncia, secondo alcuni, trascura la forza espansiva del contenuto dell'art. 5 della direttiva 2000/78/C, partendo comunque dal presupposto che essa non prescrive il mantenimento della occupazione di un individuo non competente, non capace o non disponibile ad effettuare le funzioni essenziali del proprio lavoro. Non entra, pertanto, nel merito della portata dei provvedimenti appropriati ex art. 5 ma, “prudenzialmente”, individua i casi in cui il licenziamento del disabile sia ingiustificato⁴¹. Con la sentenza *Hk Danmark* viene stabilito, invece, che un datore di lavoro non può licenziare un lavoratore assente per il solo fatto che il datore non abbia disposto un ragionevole accomodamento, promuovendo un significativo passo avanti nella garanzia della effettività dell'art. 5 della direttiva⁴². L'assenza del lavoratore con disabilità è, in altre parole, da attribuire al fallimento datoriale nella ri-sistemazione, secondo ragionevolezza, piuttosto che allo *status* del disabile.

Tornando a considerare, in ottica di sistema, le regole del nostro ordinamento, si può dire che nell'opportuno raccordo tra art. 10 co. 3 l. 68/99, art. 3 co. 3 bis d. lgs. 216/2003 e art. 42 d. lgs. 81/2008⁴³ si compone il mosaico della tutela lavoristica della persona disabile; si tratta di norme che denotano una forte potenzialità: se interpretate congiuntamente, sono idonee a “seguire il lavoratore” e promuoverne la “sicurezza”⁴⁴. L'ambiente di lavoro non solo

⁴¹ PASTORE, *Disabilità e lavoro: prospettive recenti della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *RDSS*, 2016, p. 213.

⁴² *International and European labour law*, ed. by ALES, BELL, DEINERT, ROBIN OLIVER, Hart Publishing, 2018, p. 537.

⁴³ VINCIERI, *Tutela della salute e obbligo di adibizione del lavoratore a mansioni compatibili*, in *RIDL*, 2016, II, p. 589.

⁴⁴ PASCUCCI, *Dieci anni di applicazione del d. lgs. n. 81/2008*, in *DSL*, 2018, p. 7, l'Autore enfatizza sul passaggio dalla “sicurezza nei luoghi di lavoro” alla “sicurezza dei lavoratori”. Si noti, peraltro, che l'accomodamento ragionevole, funzionale alla inclusione delle persone disabili, e il contenuto del generale obbligo di sicurezza sono accomunati dal suddetto giudizio di bilanciamento dal momento che, entrambi, richiedono un difficile apprezzamento degli interessi in gioco e la loro sistematizzazione.

viene ad essere più *friendly* – nel senso di più adattabile alle esigenze individuali⁴⁵ – ma anche più sicuro concorrendo a garantire il valore della salute e integrità del cittadino⁴⁶. Il telelavoro, in questo quadro, non è una misura “benefica in sé” ma lo diventa all’interno di politiche di monitoraggio, valutazione, integrazione nonché di identificazione e rotazione delle figure professionali da coinvolgere⁴⁷.

6. *Il lungo cammino dell’Europa sociale*

Negli ultimi tempi appare indiscusso che l’Unione europea abbia abbandonato la strada della armonizzazione tramite tutele minime e abbia mostrato una “rarefazione degli interventi di *hard law*”, con un autentico indebolimento della portata delle proprie iniziative in materia sociale⁴⁸.

Tuttavia, le acquisizioni di matrice europea, relative alla effettività delle disposizioni della direttiva 2000/78/Ce, della nozione di disabilità nonché del ragionevole accomodamento, lasciano aperta la strada a spiragli di “riconciliazione” della Europa sociale e, soprattutto, non potrebbero essere ignorate qualora la volontà politica si indirizzasse verso la costruzione di una “Unione sociale europea”, così come definita da Maurizio Ferrera, facendo perno sulla “carica valoriale e simbolica”, racchiusa in questa espressione⁴⁹. Quando si parla di tutela delle persone con disabilità, invero, ci si attesta proprio nel cuore delle questioni relative alla Europa sociale.

In generale, appare, dunque, importante evitare di relegare il progetto sociale ad ambito limitato e occasionale d’intervento: occorre non solo l’estensione del novero delle competenze europee ma anche più democrazia sociale e maggiore vincolatività dei diritti sociali fondamentali; se così non

⁴⁵ BARBERA, *Le discriminazioni basate sulla disabilità*, in BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, 2007, p. 79.

⁴⁶ BALANDI, *Il contenuto dell’obbligo di sicurezza*, in *Quad. DLRI*, 1993, p. 79.

⁴⁷ FRACCAROLI, DEPOLO, *Salute psicologica e lavoro: fattori di rischio occupazionale e organizzativo*, cit., p. 655.

⁴⁸ GOTTARDI, *Le modificazioni del sistema delle fonti e l’impatto sulle istituzioni Ue*, in *RGL*, 2018, p. 630. L’Autrice evidenzia come la produzione normativa si concentri principalmente sulle situazioni di transfrontalierità così come dimostra la recente direttiva 2018/957/Ce sul distacco.

⁴⁹ FERRERA, *Si può costruire una Unione sociale europea?*, in *QC*, 2018, p. 584.

fosse non resterebbe altro che, prendendo a prestito le parole di Roger Blanpain, “invocare miracoli”⁵⁰.

⁵⁰ BLANPAIN, *The European social model (ESM): Myth or Reality?*, in *ELLJ*, 2011, p. 149. Secondo l'Autore “The road seems long, the path steep and narrow. Miracles are called for”.

Abstract

Il saggio esplora i principali aspetti delle nozioni di disabilità, malattia, obesità alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia. Il diritto dell'Unione europea, in particolare l'art. 26 della Carta dei diritti fondamentali e la direttiva 2000/78/Ce, hanno cambiato il modo di considerare le "persone con disabilità". In questo contesto i contenuti dell'art. 5 della direttiva 2000/78/Ce hanno permesso di aumentare il grado di inclusione sociale della persona con disabilità nell'ambiente di lavoro. L'Autrice mette, inoltre, in relazione tali assunti con le regole e la giurisprudenza dell'ordinamento interno, avendo ben presente la fase di crisi in cui l'Europa sociale si trova.

The essay explores the main aspects of the notions of disability, sickness, obesity in the light of Court of Justice case law. The European union law, in particular art. 26 of the Charter of fundamental rights and 2000/78/Ce directive, changed the way to consider "persons with disability". In this context the contents of art. 5 of 2000/-78/Ce directive allowed to increase the degree of social inclusion of the person with disability in working environment. The Author puts in relation these concepts with Italian rules and case law, having in mind the crisis that affects social Europe nowadays.

Key words

Persone con disabilità, inclusione sociale, ragionevole accomodamento, giurisprudenza europea.

Persons with disability, social inclusion, reasonable accommodation, european case law.