



Il licenziamento per sopravvenuta inidoneità alla mansione dopo la legge Fornero e il *Jobs Act*

WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 261/2015

© Stefano Giubboni 2015
Dipartimento di Scienze politiche – Università di Perugia
stefano.giubboni@unipg.it

WP CSDLE MASSIMO D'ANTONA.IT - ISSN 1594-817X
Centre for the Study of European Labour Law "MASSIMO D'ANTONA", University of Catania
On line journal, registered at Tribunale di Catania n. 1/2012 – 12.1.2012
Via Gallo, 25 – 95124 Catania (Italy)
Tel: +39 095230855 – Fax: +39 0952507020
csdle@lex.unict.it
<http://csdle.lex.unict.it/workingpapers.aspx>



Il licenziamento per sopravvenuta inidoneità alla mansione dopo la legge Fornero e il *Jobs Act*^α

Stefano Giubboni
Università di Perugia

| | |
|---|----|
| 1. Premessa | 2 |
| 2. Fonti normative | 3 |
| 3. Criteri di interpretazione..... | 6 |
| 4. Sopravvenuta inidoneità e ragionevoli adattamenti..... | 11 |
| 5. Osservazioni conclusive | 15 |

^α Con gli adattamenti e i riferimenti strettamente necessari, è il testo della relazione svolta il 24 giugno 2015 ad un seminario congiuntamente organizzato sul tema, a Roma, dall'Inca e dalla Cgil, i cui atti saranno pubblicati nei *Quaderni di Medicina Legale del Lavoro*.

1. Premessa

Il tema della regolazione delle conseguenze della sopravvenuta inidoneità allo svolgimento delle mansioni rimane centrale anzitutto per le vaste implicazioni sociali che derivano, a tacer d'altro, dalle dinamiche demografiche e dall'impatto che, in relazione al drastico innalzamento dei requisiti per l'accesso alle pensioni, esse avranno su vaste coorti di lavoratori, specialmente in alcuni settori del mercato del lavoro. Non è un caso che i più recenti provvedimenti legislativi – in particolare con il comma 166 dell'articolo unico della legge di stabilità per il 2015 – abbiano opportunamente inteso potenziare il ruolo promozionale, già in parte svolto dall'Inail, in una più ampia prospettiva di tutela integrata delle persone che soffrono forme di disabilità da lavoro.

È nondimeno indubbio che il profilo più rilevante resti quello della disciplina del licenziamento per sopravvenuta inidoneità lavorativa¹, sul quale pure sono come ben noto intervenute novità – normative e giurisprudenziali – molto significative. Quelle più ovvie e conosciute sono evidentemente legate agli interventi di riforma della disciplina dei licenziamenti, e in particolare del sistema dei rimedi attivabili dal lavoratore in caso di licenziamento illegittimo, realizzati, dapprima, nel 2012, con la riscrittura, da parte della legge Fornero, dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori e, da ultimo, con il decreto legislativo n. 23 del 2015, recante la disciplina del cosiddetto contratto a tutele (o, meglio, a indennizzi) crescenti. Ma non meno importanti, come si avrà modo di dire fra breve, sono le novità registratesi sul fronte della giurisprudenza, specie europea, e dello stesso diritto antidiscriminatorio generale.

Naturalmente, su tutte queste novità occorre riflettere muovendo proprio da quelli che a nostro avviso sono gli sviluppi innovativi di carattere generale più significativi e suscettibili – come tali – di orientarci a quella lettura il più possibile unitaria di tale complesso (e per certi versi disorganico) insieme di previsioni normative relative alla tutela del posto di lavoro nei casi di sopravvenuta inidoneità allo svolgimento della mansione.

¹ Anche per i necessari riferimenti a dottrina e giurisprudenza rinviamo sin d'ora a S. Giubboni, *Sopravvenuta inidoneità alla mansione e licenziamento. Note per una interpretazione «adeguatrice»*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, pp. 289 ss.

2. Fonti normative

All'apparenza, le nozioni sostanziali che sottostanno a tale sistema di tutela non hanno subito mutamenti. La legge n. 92 del 2012 ed il decreto legislativo n. 23 del 2015 non contengono, infatti, come noto, una nuova disciplina delle fattispecie di giustificazione del licenziamento, e dello stesso recesso datoriale per sopravvenuta inidoneità del lavoratore alla mansione, quali definite, in via generale, dall'art. 3 della legge n. 604 del 1966. Tanto la legge Fornero, quanto il Jobs Act si sono limitati ad intervenire sui rimedi applicabili contro i licenziamenti illegittimi, senza appunto ridefinire la nozione di giustificato motivo (o di giusta causa) di licenziamento, anche con riguardo alla fattispecie del recesso datoriale per sopravvenuta inidoneità allo svolgimento della mansione. E se è pur vero che la ridefinizione – al ribasso – dell'apparato rimediale contro il licenziamento illegittimo non è operazione del tutto neutra neppure sul versante della costruzione delle causali giustificative del recesso, potendo rifluire almeno indirettamente su di esse, rimane il fatto che quelle fattispecie sono rimaste formalmente invariate.

E peraltro, tanto la legge n. 92 del 2012, quanto il decreto legislativo n. 23 del 2015, conservano, sia pure con diversa modulazione dell'obbligo risarcitorio ad essa correlato, la tutela reale, cioè la tutela propriamente reintegratoria del rapporto di lavoro illegittimamente risolto dal datore in carenza del presupposto giustificativo (oggettivo) specificamente costituito dalla sopravvenuta inidoneità alla mansione. La tutela ripristinatoria conseguente all'annullamento del licenziamento illegittimo, e la connessa tutela risarcitoria specifica, sono quindi state sostanzialmente conservate dall'ordinamento, in favore tanto dei lavoratori cui si applica l'art. 18 dello Statuto riformato dalla legge Fornero, tanto dei nuovi assunti con il contratto a tutele crescenti introdotto dal decreto legislativo n. 23 del 2015, allorché il giudice accerti la insussistenza di quel presupposto giustificativo specifico, che consiste nella (asserita) inidoneità sopravvenuta del prestatore di lavoro allo svolgimento delle proprie mansioni.

Anzi, come diremo meglio più avanti, l'art. 2 di tale decreto, se confrontato con il nuovo art. 18, ha significativamente rafforzato, in tali fattispecie, la tutela reintegratoria – come forma di tutela specifica del diritto del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro (art. 2058 cod. civ.), realizzata dall'ordine di reintegrazione quale condanna al ripristino della funzionalità del rapporto e al conseguente risarcimento del danno patrimoniale –, commisurando quest'ultimo, come nei casi di licenziamento nullo per violazione dei divieti di discriminazione, a tutte le retribuzioni perdute dal prestatore, dalla data del recesso illegittimo sino

a quella dell'effettiva reintegrazione².

L'esatta individuazione dei limiti al potere di recesso del datore di lavoro in caso di sopravvenuta inidoneità alla mansione rimane, ad ogni modo, oggi come ieri, operazione complessa³, in quanto esige di procedere al raccordo sistematico di disposizioni che – pensate per lo svolgimento di funzioni e per scopi molto diversi tra di loro – solo con qualche difficoltà riescono a farsi leggere in maniera unitaria: la legge n. 68 del 1999, in materia di diritto al lavoro dei disabili (anche essa destinata a essere incisa in modo significativo dal Jobs Act); il decreto legislativo n. 81 del 2008, recante la disciplina organica e generale della tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro (che qui rileva soprattutto con le previsioni degli articoli 41 e 42); ma anche, evidentemente, come accennavo poc'anzi, la generale disciplina sul licenziamento individuale, *ex lege* n. 604 del 1966, in necessario collegamento con la normativa antidiscriminatoria di derivazione europea di cui al decreto legislativo n. 216 del 2003, che nel dare attuazione alla direttiva 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e condizioni di lavoro, detta, soprattutto dopo le recenti modifiche legislative, regole di straordinaria rilevanza ai fini della tutela del lavoratore anche nei casi di sopravvenuta inidoneità allo svolgimento delle mansioni.

Si tratta, evidentemente, di previsioni che non solo perseguono obiettivi di tutela significativamente diversi, ma che appartengono anche a fasi diverse di evoluzione dell'ordinamento giuridico; ciò che rende viepiù disagiata tale esercizio di raccordo e di – pur necessaria – lettura unitaria.

Oltretutto, occorre tener ben presente che in questa materia hanno sempre avuto un peso molto significativo i principi generali del diritto delle obbligazioni, poiché la nozione di inidoneità sopravvenuta allo svolgimento della mansione è, in realtà, a ben vedere, prima di tutto una nozione civilistica. Essa adatta infatti alla dinamica del rapporto di lavoro, e alle istanze di tutela della persona del lavoratore ad esso connaturate, la nozione di impossibilità sopravvenuta della prestazione, che avendo qui ad oggetto quel peculiare obbligo di *facere* calato nello schema causale

² A cui si aggiunge, naturalmente, l'obbligo del datore di provvedere all'integrale versamento dei contributi di previdenza e assistenza obbligatoria. Su tale profilo v. ora R. Vianello, *Il regime contributivo del licenziamento nel contratto a tutele crescenti*, in F. Carinci, C. Cester (a cura di), *Il licenziamento all'indomani del d. lgs. n. 23/2015 (contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti)*, ADAPT Labour Studies, e-Book series n. 46, ADPAT University Press, 2015, pp. 219 ss.

³ Cfr., più di recente, D. Casale, *Malattia, inidoneità psicofisica e handicap nella novella del 2012 sui licenziamenti*, in *Argomenti dir. lav.*, 2014, pp. 401 ss.

dell'art. 2094 cod. civ., esige di essere rimodulata in corrispondenza. E se nel caso della impossibilità temporanea collegata allo stato di malattia del lavoratore essa si stempera nella più tenue nozione di inesigibilità (art. 2110 cod. civ.), in quello della impossibilità permanente essa va modulata in funzione della tutela dell'interesse alla conservazione del posto di lavoro protetto dall'ordinamento con la speculare limitazione del potere di recesso del datore di lavoro.

Il raccordo tra le due distinte dimensioni della impossibilità – rispettivamente temporanea e permanente – allo svolgimento della prestazione lavorativa è stato del resto chiaramente esplicitato dal nuovo testo dell'art. 18, comma 7, dello Statuto dei lavoratori, introdotto dalla legge n. 92 del 2012, che ha accomunato nella sanzione della reintegrazione nel posto di lavoro (sia pure ad effetti risarcitori attenuati)⁴ il licenziamento intimato in violazione dell'art. 2110 cod. civ. come quello sprovvisto del motivo oggettivo consistente nella inidoneità fisica o psichica del lavoratore, anche ai sensi dell'art. 4, comma 4, e 10, comma 3, della legge n. 68 del 1999⁵. La differenziazione tra le due ipotesi concerne, semmai, nell'area di applicazione dell'art. 18 dello Statuto, il momento procedimentale e preventivo, poiché – risolvendo opportunamente le incertezze interpretative suscitate dalla novellazione

⁴ Il che, a rigore, comporta, nell'area di applicazione dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, una attenuazione della tutela, visto che in precedenza questa avrebbe dovuto coincidere, in virtù della naturale forza espansiva della norma statutaria (e secondo l'orientamento preferibile), con gli effetti reintegratori pieni conseguenti all'accertamento della nullità del licenziamento per violazione della norma imperativa di cui all'art. 2110 cod. civ. Ma il problema più acuto si pone a ben vedere in riferimento all'area di applicazione della tutela obbligatoria di cui alla legge n. 604 del 1966, giacché per le imprese di minori dimensioni il licenziamento intimato in violazione dell'art. 2110 continua a dover essere qualificato come nullo per contrasto con norma imperativa ex art. 1418 cod. civ., «dando luogo a conseguenze sanzionatorie più pesanti (perché non opera la limitazione indennitaria) rispetto a quelle attualmente previste nell'area della tutela reale» (così R. Voza, *Licenziamento e malattia: le parole e i silenzi del legislatore*, Working Papers Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo Massimo D'Antona, IT – 248/2015, p. 12).

⁵ Secondo la prevalente opinione degli interpreti, peraltro, il riferimento alla violazione dell'art. 2110 cod. civ., in linea con la giurisprudenza consolidata anteriormente alla novella dell'art. 18 dello Statuto, sarebbe limitato alle ipotesi di licenziamento effettuato sull'erroneo presupposto del superamento del periodo di comporto, mentre rimarrebbe solo temporaneamente inefficace il recesso (diverso da quello per giusta causa, senz'altro idoneo a estinguere in via immediata il rapporto) intimato sulla base di una autonoma giustificazione soggettiva o oggettiva. Cfr. in tal senso, tra gli altri, Voza, *Licenziamento e malattia*, cit., p. 11, il quale osserva come «il licenziamento "in violazione" dell'art. 2110, a cui fa riferimento il novellato art. 18 St. lav., sia quello intimato, non *durante*, ma *a causa* della (assenza per) malattia, ossia in ragione dell'asserito superamento del periodo di comporto, che non è stato – in realtà – superato». *Contra*, per una lettura espansiva (e innovativa) della previsione del novellato art. 18, Casale, *Malattia, inidoneità psicofisica e handicap*, cit., p. 404.

dell'art. 7 della legge n. 604 del 1966 ad opera della legge Fornero – il legislatore (con l'art. 7, comma 4, del decreto-legge n. 76 del 2013, convertito nella legge n. 99 dello stesso anno) ha espressamente escluso il licenziamento per superamento del periodo di comporto dal campo di applicazione della procedura conciliativa prevista da detta disposizione, così lasciando intendere che la stessa valga, viceversa, per la speciale fattispecie di giustificato motivo oggettivo di recesso datoriale consistente nella sopravvenuta inidoneità fisica o psichica allo svolgimento della mansione.

Ma, a riprova dell'orientamento ondivago e incoerente del legislatore, va subito segnalato che il decreto legislativo n. 23 del 2015 ha compiuto, per i lavoratori assunti con il cosiddetto contratto a tutele crescenti, scelte ancora diverse, visto che, da un lato, ha escluso l'applicabilità, in ogni caso, dell'art. 7 della legge n. 604 del 1966 (come novellato dalla legge n. 92 del 2012 e dalla legge n. 99 del 2013) e, dall'altro, e soprattutto, ha apparentemente limitato la tutela reale (ad effetti risarcitori pieni), contemplata dall'art. 2, ai soli casi di illegittimità del licenziamento privo della giustificazione oggettiva consistente nella (asserita) inidoneità sopravvenuta del lavoratore allo svolgimento delle proprie mansioni, senza tuttavia fare riferimento – a differenza dell'art. 18, comma 7, dello Statuto – alla violazione dell'art. 2110 cod. civ.; il che solleva, evidentemente, la questione della esatta individuazione del rimedio attivabile in tale ultima ipotesi.

3. Criteri di interpretazione

In presenza, dunque, di un quadro normativo così complesso e stratificato, la chiave di lettura unitaria va più che mai ricercata nei principi generali di fonte costituzionale ed euro-unitaria. Già in una precedente occasione⁶ avevamo invero suggerito di tenere insieme questa congerie piuttosto disorganica di materiali normativi alla luce della disciplina antidiscriminatoria di origine europea, riletta come strumento di interpretazione conforme, e al contempo costituzionalmente orientata, della stessa disciplina speciale applicabile al licenziamento del lavoratore disabile, o comunque divenuto fisicamente o psichicamente inidoneo allo svolgimento delle mansioni di attribuzione, ai sensi della legge n. 68 del 1999 e del decreto legislativo n. 81 del 2008.

Non vi è dubbio, infatti, che, per la sua natura in certo senso

⁶ Cfr. Giubboni, *Sopravvenuta inidoneità alla mansione*, cit., spec. pp. 293 ss.; ma v., già in precedenza, Id., *Il licenziamento del lavoratore disabile tra disciplina speciale e tutela antidiscriminatoria*, in C. La Macchia (a cura di), *Disabilità e lavoro*, Roma, Ediesse, 2009, pp. 180 ss.

trasversale e orizzontale⁷, la disciplina antidiscriminatoria si presti, per così dire, a fare da ponte, ad operare come una sorta di collante sistematico tra disposizioni pur diversamente finalizzate. Per questo si era proposto di valorizzare una norma molto importante, diremmo baricentrica, della direttiva 2000/78/CE, a cui è stata data come ricordato attuazione nel nostro diritto interno con il decreto legislativo n. 216 del 2003. Proprio nella previsione di «soluzioni ragionevoli per i disabili», di cui all'art. 5 della direttiva, si sarebbe infatti dovuta individuare quella architrave su cui poggiare il necessario collegamento sistematico tra i diversi strumenti di tutela messi a disposizione dall'ordinamento, anche per la protezione dell'interesse alla conservazione del rapporto di lavoro in caso di sopravvenuta inidoneità alla svolgimento della mansione.

Tale norma impone come noto al datore di lavoro di prendere «i provvedimenti appropriati, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, per consentire ai disabili di accedere a 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». Con la ulteriore – e importante – precisazione che le ragionevoli soluzioni adottabili non sono sproporzionate allorché «l'onere è compensato in modo sufficiente da misure esistenti nel quadro della politica dello Stato membro a favore dei disabili».

È altrettanto noto che il decreto legislativo n. 216 del 2003, pur discutibilmente improntato ad un modello di pressoché pedissequa trasposizione delle previsioni della direttiva comunitaria nel diritto interno, avesse ommesso di riprodurre quel precetto nel corpo della normativa di recepimento, probabilmente più per una criticabile (e giustamente criticata)⁸ dimenticanza o trascuratezza, che non per un preciso disegno omissivo. Sennonché quella omissione non necessariamente avrebbe comportato una lacuna nella trasposizione della direttiva, visto che la previsione dell'art. 5 avrebbe ben potuto essere recuperata in via di interpretazione conforme del diritto interno.

Ed era esattamente quanto suggerivamo evidenziando come, non solo le previsioni del decreto legislativo volte a vietare la discriminazione,

⁷ Su questo tratto caratterizzante (che segna peraltro anche il limite sostanziale) della tutela antidiscriminatoria, v. in generale S. Giubboni, S. Borelli, *Discriminazioni, molestie, mobbing*, in *Trattato di diritto del lavoro* diretto da M. Persiani e F. Carinci, vol. IV, t. II, *Contratto di lavoro e organizzazione. Diritti e obblighi*, a cura di M. Marazza, Padova, Cedam, 2011, pp. 1819 ss. (ove ulteriori riferimenti al dibattuto dottrinale e giurisprudenziale).

⁸ Cfr. M. Barbera, *Le discriminazioni basate sulla disabilità*, in Ead. (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 77 ss., spec. p. 81.

anche indiretta, dei disabili nel rapporto di lavoro, ma altresì le norme della legge n. 68 del 1999 (in particolare l'art. 10), ed ancor più quelle successivamente contenute negli articoli 41 e 42 del decreto legislativo n. 81 del 2008, avrebbero dovuto essere interpretate e applicate alla luce dell'art. 5 della direttiva 2000/78/CE, essendosi in presenza di una ipotesi di sicura praticabilità dell'obbligo di interpretazione conforme, gravante anzitutto sul giudice nazionale.

Oggi quella proposta interpretativa risulta superata, ma per meglio dire positivamente inverata, dalla evoluzione legislativa innescata dalla sentenza con la quale il 4 luglio 2013 la Corte di giustizia dell'Unione europea ha statuito che la Repubblica italiana, non avendo imposto a tutti i datori di lavoro di prevedere, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, soluzioni ragionevoli applicabili a tutti i disabili, è venuta meno all'obbligo di recepire correttamente e completamente l'art. 5 della direttiva 2000/78/CE⁹. Il legislatore nazionale si è infatti tempestivamente adeguato a tale statuizione (con l'art. 4-ter della legge n. 99 del 2013), introducendo, nel corpo dell'art. 3 del decreto legislativo n. 216 del 2003, una apposita previsione di recepimento dell'art. 5 della direttiva, alla stregua della quale è oggi espressamente stabilito che, al fine di garantire il rispetto del principio della parità di trattamento delle persone con disabilità, tutti i datori di lavoro, pubblici o privati, sono tenuti ad adottare gli «accomodamenti ragionevoli» nei luoghi di lavoro, quali definiti dalla apposita Convenzione delle Nazioni Unite, ratificata dall'Italia con la legge n. 18 del 2009, onde appunto garantire a tutti i soggetti in tal modo protetti la piena eguaglianza con gli altri lavoratori.

Tale previsione ha una essenziale funzione baricentrica, e di raccordo sistematico delle norme a tutela dei lavoratori disabili, in quanto riesce a innervare l'ordinamento sotto un duplice profilo.

Sotto un primo profilo, essa detta un obbligo generale – incidente su ogni momento dello svolgimento del rapporto, e a maggior ragione su quello decisivo della individuazione degli strumenti intesi a garantirne la conservazione di fronte alla sopravvenuta inidoneità del prestatore di lavoro – alla cui stregua il datore è tenuto ad effettuare ogni ragionevole adattamento, naturalmente anche di natura organizzativa, con il solo limite, stabilito dall'art. 5 della direttiva, della misura concretamente sproporzionata dei costi finanziari all'uopo necessari.

L'art. 3, comma 3-bis, del decreto legislativo n. 216 del 2003 non individua, neanche in via esemplificativa, il contenuto dei ragionevoli adattamenti ricadenti nella sfera dell'obbligo gravante sul datore di

⁹ V. Corte di giustizia UE, causa C-312/11, *Commissione europea contro Repubblica italiana*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2013, p. 623, con nota di M. Marasca.

lavoro. Si tratta di una scelta a nostro avviso opportuna¹⁰, che apre la nozione di ragionevoli adattamenti, senza ingessature analitiche, all'ampia e di per sé non predeterminabile variabilità delle concrete esigenze di protezione, rispetto alle quali possono comunque soccorrere le indicazioni rivenienti dalla direttiva 2000/78/CE o dalla stessa Convenzione della Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità. Per cui certamente i ragionevoli adattamenti potranno comprendere, in funzione delle concrete esigenze del singolo caso, oltre a interventi di natura materiale o strutturale (dalla sostituzione di macchinari alla introduzione di ausili o modifiche ergonomiche, sino alla ristrutturazione edile degli ambienti di lavoro), il trasferimento del lavoratore, il suo distacco, la riduzione o la riarticolazione dell'orario di lavoro, ad esempio con diversa distribuzione dell'impegno lavorativo nel contratto a tempo parziale, o ancora la rotazione o la esclusione da turni non più sostenibili, come anche – senza alcun dubbio – la redistribuzione delle mansioni, inevitabilmente coinvolgente anche altre posizioni lavorative insistenti sul medesimo contesto organizzativo aziendale.

Per questo, l'obbligo dei ragionevoli adattamenti – come forma di azione positiva mirata alla garanzia della eguaglianza sostanziale di trattamento dei lavoratori disabili – infrange la barriera dogmatica, che continua viceversa a presidiare la nozione generale di giustificato motivo oggettivo di licenziamento ex art. 3 della legge n. 604 del 1966, che vuole le scelte organizzative e gestionali del datore di lavoro un dato intangibile, non scalfibile dal controllo giudiziale (art. 30 della legge n. 183 del 2010) perché rimesso alla originaria e non comprimibile libertà di iniziativa economica dell'imprenditore.

La previsione dell'art. 3, comma 3-bis, del decreto legislativo n. 216 del 2003 ridetermina in modo specifico, a tutela della persona disabile e in vista del raggiungimento di obiettivi di eguaglianza sostanziale, i termini del bilanciamento, di cui quella impostazione dogmatica è espressione sul piano generale; e rimanendo sempre nel perimetro delle scelte consentite dall'art. 41 Cost., comprime la libertà organizzativa del datore di lavoro, almeno sino al punto in cui le ragionevoli soluzioni concretamente praticabili, per consentire nella specie la conservazione del posto del prestatore divenuto inidoneo allo svolgimento della mansione, non determinino un costo finanziario sproporzionato a carico di quest'ultimo. È questo l'unico limite, anche esso inevitabilmente relativo (perché commisurato alla concreta capacità economica dell'impresa), che la legge fissa alla sfera, virtualmente assai

¹⁰ Per una diversa valutazione v. però Casale, *Malattia, inidoneità psicofisica e handicap*, cit., p. 409, alla nota 28.

ampia, dell'obbligo dei ragionevoli adattamenti, rendendo per contro del tutto inopponibile – tutte le volte in cui si tratti di garantire la parità di trattamento del lavoratore disabile (e indipendentemente dal fatto che la disabilità sia originaria o sopravvenuta) – qualunque pretesa immutabilità dell'organizzazione aziendale, come se si fosse in presenza, per l'appunto, di un dato *a priori*, nel quale si ipostatizza, sino quasi a sacralizzarsi, la libertà economica dell'imprenditore.

L'altro profilo è non meno rilevante, giacché completa il primo dando alla norma un campo di applicazione soggettivo comprensivo di tutte le situazioni di disabilità – non importa se originaria o sopravvenuta, e se dipendente o no da cause professionali o extralavorative –, nell'ampio senso fatto proprio dalla direttiva 2000/78 e dalla stessa Convenzione delle Nazioni Unite sopra ricordata. Ed anche sotto questo profilo, a soccorrere l'interprete del decreto legislativo n. 216 del 2003 è la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea.

Già nella sentenza *Chacón Navas* dell'11 luglio 2006¹¹, la Corte aveva chiarito che la direttiva 2000/78, pur non dettando una definizione espressa, accoglie, soprattutto con la norma contenuta nel suo art. 5, una nozione ampia e dinamica di *handicap*, da intendere come qualunque limitazione che, derivando da menomazioni fisiche, mentali o psichiche, ostacola la partecipazione della persona considerata alla vita professionale. Tale definizione è stata ribadita e ulteriormente precisata dalla Corte in una più recente sentenza¹², che assume particolare rilievo nel contesto della nostra discussione perché è esplicitamente riferita a un caso di sopravvenuta inidoneità alla svolgimento dell'attività lavorativa in relazione a una condizione patologica causata da una malattia diagnosticata come incurabile.

In tale ultima pronunzia, la Corte rammenta anzitutto che la ricordata Convenzione dell'ONU, ratificata dall'Unione europea con decisione del 26 novembre 2009, ovvero dopo la pronuncia della sentenza *Chacón Navas*, riconosce che la disabilità è un concetto in evoluzione, essendo il risultato dell'interazione tra persone con menomazioni e barriere comportamentali e ambientali, che impediscono la loro piena ed effettiva partecipazione alla vita sociale e lavorativa su basi di eguaglianza con gli altri. Per tale motivo l'art. 1 della Convenzione definisce le persone con disabilità come «coloro che presentano durature menomazioni fisiche, mentali, intellettuali o sensoriali che in interazione con barriere di diversa natura possono ostacolare la loro piena ed effettiva partecipazione nella società su una base di eguaglianza con gli

¹¹ Causa C-13/05.

¹² Corte di giustizia UE, 11 aprile 2013, cause C-335/11 e C-337/11, *HK Danmark*.

altri».

Ciò consente alla Corte di chiarire che la definizione della nozione di *handicap* ai sensi dell'art. 1 della direttiva 2000/78/CE precede la determinazione e la valutazione delle misure di adattamento previste dall'art. 5 di quest'ultima, giacché queste dipendono unicamente dalle concrete esigenze di integrazione professionale della persona con disabilità¹³. Onde la nozione di *handicap* di cui alla direttiva deve essere senz'altro 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 basi di eguaglianza con gli altri lavoratori, e tale limitazione sia di lunga durata»¹⁴. Conseguendone, altresì, che la natura delle misure che il datore di lavoro deve adottare ai sensi dell'art. 5 della direttiva (e ora dell'art. 3, comma 3-bis del decreto legislativo n. 216 del 2003) non è determinante al fine di ritenere che lo stato di salute di una persona sia riconducibile a tale nozione, visto che sono proprio quelle misure a dover essere commisurate a tale stato di salute e non viceversa.

4. Sopravvenuta inidoneità e ragionevoli adattamenti

Alla luce di questa sintetica analisi delle fonti comunitarie ed internazionali, possiamo pertanto concludere che l'obbligo generale di adottare tutte quelle ragionevoli misure di adattamento che siano richieste dalla situazione concreta si riferisce a una nozione ampia e dinamica di *handicap*, certamente più estesa di quella impiegata dalla legge n. 68 del 1999 in relazione alle diverse categorie e ai corrispondenti diversi gradi di inabilità intorno a cui sono disegnate le norme sull'avviamento al lavoro dei disabili. 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, rientrano nella nozione di *handicap* cui si riferisce la direttiva e risultano quindi protette dall'obbligo delle soluzioni ragionevoli ora espressamente recepito dal decreto legislativo n. 216 del 2003.

Questa nozione include le ipotesi di sopravvenuta inidoneità allo svolgimento della prestazione lavorativa, dipendenti da menomazioni fisiche, mentali, psichiche o sensoriali, che, in interazione con barriere di diversa natura, possano ostacolare la piena ed effettiva partecipazione

¹³ Par. 45 della sentenza.

¹⁴ Par. 47 della sentenza.

della persona interessata alla vita professionale su basi di eguaglianza con gli altri lavoratori, compromettendone – segnatamente – la conservazione del posto di lavoro. L'obbligo dei ragionevoli adattamenti dovrà essere pertanto effettivamente commisurato a tutte le misure atte – in concreto – 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.

L'adempimento di questo obbligo, gravante su ogni datore di lavoro, condiziona dunque «a monte» il potere di recesso dell'imprenditore, che in tanto potrà legittimamente risolvere il rapporto per sopravvenuta inidoneità della prestazione lavorativa, in quanto abbia adottato tutti gli adattamenti ragionevoli prescritti dall'art. 3, comma 3-bis, del decreto legislativo n. 216 del 2003. È pertanto in questa previsione normativa – di esplicito recepimento dell'art. 5 della direttiva 2000/78/CE – che va individuata la chiave di lettura unitaria del sistema di tutela del lavoratore (anche) nei casi di sopravvenuta inidoneità allo svolgimento della prestazione dedotta nel contratto.

Le specifiche previsioni dettate al riguardo dalle legge devono essere tutte interpretate alla luce di tale obbligo generale, concorrendo esse a disegnare un apparato di tutela che può dirsi unitario e omni-includente, proprio perché abbraccia tutte le situazioni alle quali si riferisce l'art. 3, comma 3-bis, del decreto legislativo n. 216 del 2003. Per cui le disposizioni degli articoli 4, comma 4, e 10, comma 3, della legge n. 68 del 1999, espressamente richiamate tanto dall'art. 18, comma 7, dello Statuto dei lavoratori quanto dall'art. 2, comma 4, del decreto legislativo n. 23 del 2015, debbono essere considerate manifestazioni puntuali della regola generale direttamente desumibile dalla norma antidiscriminatoria di cui all'art. 3 del decreto legislativo n. 216 del 2003.

Lo stesso deve naturalmente essere predicato anche delle analoghe e convergenti previsioni normative – pur non richiamate né dal nuovo testo dell'art. 18 né dall'art. 2 del decreto legislativo n. 23 del 2015 – contenute negli articoli 1, comma 7, della legge n. 68 del 1999 e 42 del decreto legislativo n. 81 del 2008: norma, quest'ultima, che è peraltro già deputata a svolgere una funzione per così dire riassuntiva e unificante almeno del «nucleo duro» degli obblighi gravanti sul datore di lavoro in (ogni) caso di sopravvenuta inidoneità allo svolgimento della mansione specifica¹⁵, laddove per l'appunto dispone in via generale che

¹⁵ Ma si rammenti che per l'area del pubblico impiego contrattualizzato vige una disciplina specifica – caratterizzata da una accentuata procedimentalizzazione dei poteri/doveri datoriali in funzione garantistica –, che supera queste stesse previsioni: cfr. il decreto del Presidente della Repubblica 27 luglio 2011, n. 171, recante il regolamento di attuazione in materia di risoluzione del rapporto di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche

questi dovrà adibire, ove possibile, il lavoratore a mansioni equivalenti o, in mancanza, a mansioni inferiori garantendo comunque il trattamento di provenienza.

Interpretate alla luce della previsione generale e trasversale dell'art. 3, comma 3-bis, del decreto legislativo n. 216 del 2003, le singole previsioni legislative dettate a tutela della conservazione del posto di lavoro del prestatore con disabilità (originaria o sopravvenuta; a eziologia professionale e non) assumono un significato evidentemente più ampio e al contempo più preciso.

In particolare, l'adibizione a mansioni equivalenti o, in mancanza, inferiori (con conservazione del trattamento economico e normativo corrispondente alle mansioni di provenienza), costituisce soltanto uno dei ragionevoli adattamenti rientranti nell'obbligo generale imposto dall'art. 3, comma 3-bis, del decreto legislativo n. 216 del 2003. Si tratta, beninteso, dell'obbligo essenziale – e in questo senso l'art. 42 del decreto legislativo n. 81 del 2008 tipizza espressamente il «nucleo duro» degli obblighi gravanti sul datore di lavoro – ai fini della giustificazione del licenziamento del lavoratore che non sia possibile ricollocare in mansioni equivalenti e neppure inferiori; ma è evidente che esso andrà inteso nell'ampio senso teleologico-funzionale che vale per ogni altro adempimento riconducibile alla previsione della direttiva comunitaria e del decreto legislativo n. 216 del 2003.

Non sarà quindi (più) sufficiente, ai fini dell'esatto adempimento di tale obbligo, che il datore di lavoro dimostri di non poter reperire una mansione (equivalente o inferiore) all'interno dell'organizzazione aziendale data. L'obbligo sarà infatti adempiuto soltanto ove il datore di lavoro dimostri che gli adattamenti, anche di natura organizzativa, che sarebbero nella specie effettivamente necessari per consentire la ricollocazione (*i.e.* il *répechage*, nella prospettiva dell'art. 3 della legge n. 604 del 1966) 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/CE.

La prova della impraticabilità degli adattamenti necessari, ovvero della loro irragionevolezza e sproporzione finanziaria, dovrà peraltro essere fornita dal datore di lavoro in termini concreti e rigorosi, tenendo conto, quindi, di tutte le soluzioni effettivamente disponibili (dalla redistribuzione delle mansioni al cambiamento dei turni o alla riduzione e rimodulazione dell'orario di lavoro, fino agli interventi di carattere

dello Stato e degli enti pubblici nazionali in caso di permanente inidoneità psicofisica, a norma dell'art. 55-octies del decreto legislativo n. 165 del 2001.

materiale, come il riallestimento della postazione lavorativa o la ristrutturazione edilizia). In caso di contestazione in giudizio del licenziamento intimato per sopravvenuta inidoneità, l'onere probatorio in tal senso gravante sul datore dovrà pertanto essere puntualmente esteso quantomeno a tutti i concreti accorgimenti o adattamenti che siano stati prospettati come possibili, praticabili e ragionevoli dal lavoratore controinteressato in sede di ricorso introduttivo.

Come evidente, l'accoglimento della prospettiva interpretativa qui proposta esige un profondo ripensamento degli orientamenti consolidati in giurisprudenza¹⁶, non fosse altro perché richiede il superamento di quel limite dogmatico, sempre tenuto fermo dalla Cassazione, alla cui stregua la prova della impossibilità di adibire a mansioni equivalenti o inferiori il lavoratore divenuto inidoneo va fondamentalmente circoscritta alla organizzazione aziendale esistente, erroneamente assunta come una sorta di dato «ontologico» non modificabile in quanto protetto dallo scudo della libertà di iniziativa economica privata ai sensi dell'art. 41, comma 1, Cost. Ma una siffatta interpretazione contraddice frontalmente il significato dell'art. 3, comma 3-bis, del decreto legislativo n. 216 del 2003, svuotandolo di fatto di contenuto, visto che la norma ha proprio il significato di spostare i termini del bilanciamento tra gli interessi (e i valori costituzionali) in gioco in favore del lavoratore disabile, imponendo al datore – nei limiti di ragionevolezza più volte rammentati – di intervenire, modificandola e adattandola, sulla organizzazione aziendale al momento «data».

In conclusione, dunque, quantomeno con riguardo a quella specifica ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo consistente nella sopravvenuta inidoneità fisica o psichica del lavoratore (che gli articoli 18, comma 7, della legge n. 300 del 1970 e 2, comma 4, del decreto legislativo n. 23 del 2015 enucleano al fine di ricondurla nell'area applicativa della tutela reale, ad effetti risarcitori rispettivamente attenuati o pieni), occorre ritenere che il presupposto giustificativo che legittima il recesso datoriale risulta qualificato e, per così dire, aggravato, dovendo il datore fornire la prova, non solo della impossibilità di adibire il lavoratore a mansioni equivalenti o inferiori nella data organizzazione aziendale, ma altresì quella di non poter operare – per il carattere oggettivamente sproporzionato degli oneri finanziari implicati – quegli adattamenti organizzativi o di altra natura che consentirebbero la conservazione del posto di lavoro. E si badi che un siffatto carattere sproporzionato è per definizione da escludere tutte le volte in cui ai costi

¹⁶ Si veda, per tutte, la recente rassegna critica di A. Topo, *Il licenziamento del lavoratore malato e del lavoratore disabile*, in *Giur. it.*, 2014, n. 2, c. 436 ss.

di adattamento concorra in modo sufficiente lo Stato, cosa che l'importante previsione introdotta con la legge di stabilità per il 2015, n. 190 del 2014, renderà certamente più facile che in passato, attribuendo all'Inail funzioni di indubbio rilievo nell'ottica della costruzione di una tutela globale integrata della persona vittima di infortunio o di tecnopatia¹⁷.

In tal modo, la *ratio* antidiscriminatoria del'art. 3, comma 3-bis, del decreto legislativo n. 216 del 2003, in quanto improntata alla logica della eguaglianza sostanziale e della effettiva parità di trattamento del lavoratore disabile (art. 3, comma 2, Cost.), irrorra le stesse tutele specificamente apprestate dall'ordinamento in vista della protezione dell'interesse del prestatore, che abbia perduto l'idoneità allo svolgimento della mansione specifica, alla conservazione del proprio posto di lavoro. E non a caso, in coerenza con questo impianto, il legislatore individua nella tutela reintegratoria – che è la tutela sempre riservata in via generale ai licenziamenti nulli per violazione dei divieti di discriminazione operanti nell'ordinamento – il rimedio attivabile anche contro il licenziamento intimato, anche ai sensi degli articoli 4, comma 4, e 10, comma 3, della legge n. 68 del 1999, in difetto del giustificato motivo oggettivo consistente nella sopravvenuta inidoneità del lavoratore allo svolgimento delle proprie mansioni.

5. Osservazioni conclusive

Ed invero, come accennato, sia la legge Fornero che il Jobs Act conservano la regola della tutela reintegratoria per i casi di illegittimità del licenziamento derivante dall'accertamento del difetto della giustificazione oggettiva consistente nella perdita della idoneità psicofisica allo svolgimento della mansione. Ma, come pure accennato, mentre la legge Fornero, nel riscrivere l'art.18 dello Statuto, contempla per queste ipotesi la reintegrazione ad effetto risarcitorio limitato (ai sensi del quarto comma), riferendo lo stesso rimedio anche alla violazione dell'art. 2110 cod. civ., l'art. 2, comma 4, del decreto legislativo n. 23 del 2015 dischiude – del tutto eccezionalmente – ai lavoratori assunti con il contratto a tutele crescenti, che siano stati licenziati per sopravvenuta inidoneità di cui risulti accertato il difetto, le porte della tutela reale piena

¹⁷ Il comma 166 dell'articolo unico della legge n. 190 del 2014 attribuisce infatti, all'Inail, addossandole al relativo bilancio senza nuovi oneri per la finanza pubblica, le competenze in materia di reinserimento e reintegrazione delle persone con disabilità da lavoro, da realizzare con progetti personalizzati mirati alla conservazione del posto di lavoro o alla ricerca di nuova occupazione, con interventi formativi di riqualificazione professionale, con progetti per il superamento e per l'abbattimento delle barriere architettoniche sui luoghi di lavoro e con interventi di adeguamento e adattamento delle postazioni di lavoro.

(cioè senza tetti risarcitori e anzi con il minimo delle cinque mensilità)¹⁸, equivalente a quella che la norma statutaria riserva ai casi di nullità del licenziamento per motivo discriminatorio o illecito¹⁹.

La scelta del legislatore delegato è stata sottoposta a critica da un commentatore, a ragione del fatto che essa, eccedendo i limiti della delega, ha esteso ad una ipotesi di difetto della giustificazione oggettiva del licenziamento le stesse conseguenze della nullità per violazione dei divieti di discriminazione. Oltretutto, come fa notare questa dottrina, il decreto legislativo n. 23 del 2015 «è probabilmente incorso in una svista tecnica, poiché non ha inserito nell'art. 9 anche il richiamo al comma 3 dell'art. 2; in tal modo non è stata esclusa la reintegrazione per il licenziamento ingiustificato per inesistente inidoneità del lavoratore per i datori che non raggiungono i limiti dimensionali dell'art. 18»²⁰.

Si tratta tuttavia di una critica infondata, anzitutto perché il governo ha come ben noto un ampio potere di riempimento della delega in coerenza con i criteri direttivi da questa tracciati; e la previsione della tutela reintegratoria per le ipotesi in questione (in sintonia peraltro con la previsione dell'art. 18, comma 7, dello Statuto dei lavoratori) è certamente coerente con tali criteri. Inoltre tale critica trascura la indubbia specialità della fattispecie della sopravvenuta inidoneità, e in particolare i fortissimi intrecci sistematici che essa intrattiene, come abbiamo cercato di dimostrare, con le previsioni antidiscriminatorie di cui alla direttiva 2000/78/CE e al decreto legislativo n. 216 del 2003, che alla prima dà attuazione (in primo luogo con la disposizione che risulta oggi inserita al comma 3-bis dell'art. 3).

Un commentatore malizioso potrebbe probabilmente obiettarci che difficilmente il legislatore delegato del Jobs Act ha orientato le proprie scelte tecniche in base a una tale consapevolezza sistematica. Ma ciò non toglie che quelle scelte si siano qui sedimentate in un dettato normativo

¹⁸ V. però quanto, sul punto, diversamente sostenuto da G. Proia, *Il contratto di lavoro subordinato a tutele crescenti*, in R. Pessi et al., *Jobs Act e licenziamento*, Torino, Giappichelli, 2015, pp. 55 ss., spec. p. 66.

¹⁹ L'art. 2, comma 4, non menziona invece, come pure rammentato, il licenziamento intimato in violazione dell'art. 2110 cod. civ., rendendo incerta la individuazione del rimedio applicabile in questo caso, che ad avviso di chi scrive deve esser quello della nullità almeno di diritto comune derivante da contrasto con norma imperativa (v. S. Giubboni, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, in *Costituzionalismo.it*, fascicolo 1 del 2015, par. 2), ma che non è escluso possa essere individuato nella mera tutela indennitaria prevista in generale dal decreto legislativo n. 23 del 2015, in forza dell'argomento per cui è questa, nell'impianto del Jobs Act, la tutela per l'appunto generale-residuale per il licenziamento illegittimo dei lavoratori assunti con il contratto a tutele crescenti (cfr. C. Pisani, *Il nuovo regime di tutele per il licenziamento ingiustificato*, in Pessi et al., *Jobs Act*, cit., pp. 17 ss., spec. p. 20).

²⁰ Così Pisani, *Il nuovo regime*, cit., p. 47.

che – sul punto – appare di non equivocabile significato (oltre che di indubbia legittimità costituzionale).

L'analisi sin qui svolta ci consegna peraltro conclusioni solo parzialmente rassicuranti. È vero, infatti, che, anche dopo la legge Fornero e il Jobs Act, il licenziamento intimato per una inesistente inidoneità sopravvenuta alla mansione rimane sanzionato con la reintegrazione nel posto di lavoro. Ma è anche vero che il contesto normativo più generale dentro il quale si colloca questa previsione, ancora improntata ad una logica di tipo garantistico, appare tutto indirizzato ad una riduzione drastica dei diritti e della tutele, come dimostra plasticamente la riscrittura dell'art. 2103 cod. civ., in pratica una restaurazione dell'*ancien régime* pre-statutario²¹, ed ancor più quella preannunciata dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori.

Per cui è facile ad esempio prevedere che, soprattutto per i lavoratori che saranno assunti con il contratto a tutele crescenti, la giustificazione generale del licenziamento tenderà sempre di più ad essere, specie nei casi dubbi, quella di tipo economico-organizzativo, che nell'impianto del decreto legislativo n. 23 del 2015 conosce solo il debolissimo rimedio dell'indennizzo crescente con l'anzianità di servizio del lavoratore (ma che anche nella concreta applicazione giurisprudenziale del nuovo art. 18 dello Statuto, applicabile «ad esaurimento» ai lavoratori già in servizio, tende ad essere sanzionata solo con la tutela economica, con esclusione della reintegrazione).

Ma è proprio questo contesto, e – *si licet* – questa complessiva deriva della stessa cultura giuslavoristica del nostro paese, ad esigere in noi un atteggiamento di ferma e rigorosa difesa e valorizzazione di quegli strumenti di tutela – si pensi per esempio, per ovvia connessione con il tema trattato, all'art. 2087 cod. civ. – che l'ordinamento ci mette ancora a disposizione. Almeno fino alla prossima controriforma.

²¹ Un lato di qualche interesse positivo del «nuovo» art. 2103 cod. civ., che come noto abolisce il requisito della equivalenza, va peraltro colto negli spunti (che qui non possono essere però sviluppati) che esso sembra poter offrire a sostegno di quell'orientamento giurisprudenziale che, in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, esige dal datore la prova di aver offerto al prestatore di lavoro la possibilità di esser «ripescato» anche in mansioni inferiori. Per una critica autorevole alla revisione dell'art. 2103 cod. civ., v. comunque F. Liso, *Brevi osservazioni sulla revisione della disciplina delle mansioni contenuta nel decreto legislativo n. 81/2015 e su alcune recenti tendenze di politica legislativa in materia di rapporto di lavoro*, Working Papers Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo Massimo D'Antona, IT – 257/2015.