

# **SCUOLA SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA**

## ***I LICENZIAMENTI***

*Napoli, Castel Capuano*

*6 – 8 giugno 2022*

**Corso P22044**

### **Inidoneità psico-fisica del lavoratore e licenziamento**

*a cura di Elvira Antonia Palma*

*Consigliere sezione lavoro Corte di Appello Bari*

## **Sommario:**

1. *Premessa.*
2. *Il concetto di mansioni e distinguo tra malattia e inidoneità fisica.*
3. *L'accertamento della inidoneità sopravvenuta.*
4. *I limiti al potere di licenziamento del lavoratore divenuto inidoneo alle mansioni e gli obblighi datoriali: approdi giurisprudenziali.*
5. *Il regime delle tutele alla luce delle recenti pronunce della Corte costituzionale.*
6. *Il licenziamento per inidoneità alla mansione e normativa emergenziale correlata alla pandemia Covid-19.*
7. *Il licenziamento dei cd. lavoratori fragili ai sensi del D.L. 19.05.2020 n. 34, conv., con modif., dalla L. 17.07.2020 n. 77.*
8. *Il licenziamento per sopravvenuta inidoneità nel pubblico impiego contrattualizzato.*
9. *Conclusioni.*

### **1. Premessa.**

Il dibattito sul tema e le condizioni che possono legittimare il licenziamento per giustificato motivo oggettivo in ipotesi di sopravvenuta inidoneità alle mansioni affidate al lavoratore ha, da sempre, registrato grande interesse nella dottrina e nella giurisprudenza, venendo in gioco diritti e valori a rilevanza costituzionale – il diritto alla salute e al lavoro da un lato (artt. 32 e 4 Cost.) e diritto alla libertà d'impresa dall'altro (art. 41 Cost.) – imponendone un costante bilanciamento, ancor più a seguito dell'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 3, comma 3 *bis*, D. Lgs. n. 216/2003 di recepimento dell'art. 5 della Direttiva 2000/78/CE.

Si è passati da una interpretazione statica, che privilegiava l'interesse del datore di lavoro a perseguire un'organizzazione aziendale produttiva ed efficiente, con recessione dell'interesse del lavoratore al mantenimento del posto e con applicazione secca dell'art. 1464 c.c., ad una lettura più moderata dei contrapposti beni costituzionali in gioco, imponendo a carico del datore di lavoro un dovere quanto meno di verifica dell'assenza di postazioni compatibili, come in tutti i licenziamenti per gmo (cd. obbligo di *repêchage*), sino a giungere ad una interpretazione dinamica, propria delle più recenti

statuizioni della Suprema Corte, a cominciare dalle note sentenze n. 6798 del 19/03/2018 e n. 26675 del 22/10/2018 che inaugurano la stagione degli accomodamenti ragionevoli, alla n. 34132 del 19/12/2019 che ben definisce doveri e limiti imposti al datore di lavoro e, da ultimo, alla nota sentenza n. 6497 del 9/03/2021.

Statuizione, quest'ultima, che ha il notevolissimo pregio di porre in perfetto equilibrio gli interessi costituzionali in rilievo, e quindi il diritto del disabile a non essere discriminato e quello dell'imprenditore ad organizzare l'azienda secondo le proprie insindacabili scelte, con una chiave di lettura dell'obbligo di accomodamento fondata sul criterio della "ragionevolezza", dovendosi in particolare ritenere ragionevole ogni soluzione organizzativa praticabile che miri a salvaguardare il posto di lavoro del disabile in un'attività che sia utile per l'azienda e che imponga all'imprenditore, oltre che al personale eventualmente coinvolto, un sacrificio che non ecceda i limiti di una tollerabilità considerata accettabile secondo "la comune valutazione sociale".

Ha il merito, ancor più, detta statuizione, di riposizionare, con un ripensamento rispetto alle precedenti pronunce, gli oneri di allegazione e prova a carico delle parti, escludendo qualunque intervento 'per mano giudiziaria' nella indicazione delle misure appropriate atte a scongiurare il recesso e, in assonanza al principio già espresso in materia di *repêchage* ordinario, escludendo che debba essere il lavoratore ad allegare e provare quali gli accorgimenti ragionevoli da adottare per consentire l'utilizzabilità della propria prestazione lavorativa, affermando, piuttosto, spettare al datore di lavoro allegare e fornire tale prova, con possibilità di assolvimento mediante la deduzione del compimento di atti o operazioni strumentali all'avveramento dell'accomodamento ragionevole, anche mediante fatti secondari presuntivi, idonei a indurre nel giudice il convincimento che il datore di lavoro abbia compiuto quantomeno uno sforzo diligente ed esigibile per trovare una soluzione organizzativa appropriata in grado di scongiurare il licenziamento avuto riguardo a ogni circostanza rilevante nel caso concreto.

-----

## **2. Il concetto di mansioni e distinguo tra malattia e inidoneità fisica.**

Per ragioni di completezza occorre dedicare un cenno al termine <<mansioni>> che sta alla base dell'istituto in esame:

ci riferiamo al complesso di attività o compiti affidati al lavoratore all'atto della assunzione, ovvero in un momento successivo, che richiedono per essere svolti idoneità fisica e professionale.

La sopravvenuta infermità del lavoratore, comportante la sua inidoneità a svolgere le mansioni, configura una ipotesi distinta dalla malattia che ha carattere temporaneo, mentre essa si caratterizza per essere permanente o con una durata temporale indeterminata o quantomeno indeterminabile.

L'inidoneità del dipendente a svolgere le mansioni determina un'impossibilità della prestazione lavorativa che, in presenza di talune condizioni e indipendentemente dal superamento del periodo di comporto, può condurre alla risoluzione del rapporto di lavoro.

Cass., 28/10/2021, n. 30478: “A norma dell'art. 2110 c.c., la conservazione del posto è garantita al lavoratore malato o infortunato soltanto per un periodo delimitato di tempo, il che ha consentito, secondo la generale dottrina, di attribuire allo stato di malattia o di infortunio il necessario attributo della “temporaneità” (rappartabile alla categoria dell'impossibilità parziale *ratione temporis*), realizzandosi altrimenti la diversa condizione dell'inidoneità, come tale definitiva, al lavoro; nel qual caso non trova applicazione la disciplina della malattia, ma quella “comune” dell'impossibilità definitiva della prestazione, filtrata sul piano lavoristico tramite il giustificato motivo obiettivo di licenziamento”.

Il comporto concerne il protrarsi di uno stato di malattia che ha, dunque, una connotazione intrinsecamente temporanea.

Scopo delle regole dettate dall'art. 2110 c.c., per l'ipotesi di assenza determinata da malattia del lavoratore è quello di contemperare gli interessi confliggenti del datore di lavoro a mantenere alle proprie dipendenze solo chi lavora e del lavoratore a disporre di un congruo periodo di tempo per curarsi senza perdere i mezzi di sostentamento, riversando sull'imprenditore, in parte e per un determinato tempo, il rischio della malattia del dipendente, per modo che il superamento del dato temporale è condizione sufficiente a legittimare il recesso, non essendo necessaria alcuna prova di giustificato motivo oggettivo né di impossibilità sopravvenuta della prestazione lavorativa o di adibire il lavoratore a mansioni diverse.

L'infermità permanente concerne, invece, la sopravvenuta incapacità totale o parziale del lavoratore di svolgere le attività caratterizzanti le mansioni di assegnazione.

Sul distinguo, così Cass. 9/07/2015, n. 14346, in parte motiva:

“...la inidoneità fisica sopravvenuta di carattere permanente, che differisce dalla malattia di natura temporanea, quale giustificato motivo

di recesso del datore di lavoro dal contratto di lavoro subordinato (L. n. 604 del 1966, artt. 1 e 3, artt. 1463 e 1464 cod. civ.), non implica necessariamente l'impossibilità totale della prestazione e non determina necessariamente il licenziamento (v. Cass. sez. lav. n. 1404 del 31/1/2012), laddove il dipendente possa essere adibito, compatibilmente con le sue residue capacità lavorative (v. Cass. sez. lav. 239 del 7/1/2005), ad una diversa attività, riconducibile - alla stregua di un'interpretazione del contratto secondo buona fede - alle mansioni attualmente assegnate o a quelle equivalenti (art. 2103 cod. civ.), ovvero, se ciò sia impossibile, a mansioni inferiori, purché tale diversa attività sia utilizzabile nell'impresa, senza alterazione dell'assetto organizzativo della medesima (v. Cass. sez. lav. n. 16141 del 15/11/2002), oppure, a maggior ragione, laddove sia possibile fargli eseguire, come nella fattispecie, quelle attività che col supporto dei mezzi di protezione individuale, previsti per legge ai fini della prevenzione della salute del lavoratore, gli consentano di superare le difficoltà nascenti dalla accertata inidoneità".

La Suprema Corte ha, altresì, affermato che in caso di sopravvenuta inidoneità totale del lavoratore subordinato alla prestazione lavorativa, si configura un caso di impossibilità assoluta per il venir meno della causa del contratto, non riconducibile ai casi di sospensione legale previsti dagli artt. 2110 e 2111 c.c., con la conseguenza che al verificarsi di tale impossibilità assoluta, e diversamente da quanto avviene per il caso di impossibilità relativa, si determina la risoluzione del rapporto, senza necessità che la parte interessata manifesti mediante il negozio di recesso l'assenza di un suo interesse al mantenimento del vincolo giuridico (ormai privo di valore), dovendosi anche escludere, ai sensi dell'art. 1322 c.c., co. 2, che l'autonomia privata possa mantenere ugualmente in vita il rapporto contrattuale (Cass. 20/11/2002, n. 16375, Cass. 29/03/2010, n. 7531, Cass. 12/04/2021, n. 9556).

Giova aggiungere che, in tale ultima ipotesi di accertata inidoneità totale, non spetta in favore del lavoratore l'indennità di mancato preavviso poiché, secondo l'orientamento da ultimo espresso dalla Suprema Corte con statuizione n. 9556/2021, lo scioglimento del contratto deriva dall'impossibilità definitiva del lavoratore di svolgere qualsiasi prestazione e dalla conseguente impossibilità totale di proseguire il rapporto di lavoro.

Trattandosi di situazioni giuridiche differenti la sopravvenuta infermità, cui consegue l'impossibilità della prestazione, può legittimare il licenziamento per giustificato motivo oggettivo indipendentemente dal superamento del periodo di comporta.

La giurisprudenza di legittimità ha avuto modo di rimarcare in più occasioni la differenza ontologica esistente tra licenziamento per superamento del periodo di comporto *ex art.* 2110 c.c. e licenziamento per sopravvenuta inidoneità fisica, statuendo che “pur configurando entrambe le fattispecie una causa di impossibilità della prestazione lavorativa, esse hanno natura e disciplina diverse, per essere la prima di carattere temporaneo e implicante la totale impossibilità della prestazione, che determina ai sensi dell’art. 2110 c.c., la legittimità del licenziamento quando ha causato l’astensione dal lavoro per un tempo superiore al periodo di comporto, laddove la seconda ha carattere permanente o, quanto meno, durata indeterminata o indeterminabile, non implica necessariamente l’impossibilità totale della prestazione e consente la risoluzione del contratto ai sensi degli artt. 1256 e 1463 c.c., eventualmente previo accertamento dei relativi presupposti con la procedura stabilita dalla L. 20 maggio 1970, n. 300, art. 5 ed indipendentemente dal superamento del periodo di comporto (cfr. Cass. 1404/2012, n. 5416/97, n. 410/1999). La ricomprensione del licenziamento per inidoneità sopravvenuta alle mansioni nell’alveo del giustificato motivo oggettivo è stata ancora di recente affermata da Cass. Sez. L, Sentenza n. 18196 del 29/07/2013. Ed è in virtù di tale aspetto che si rende necessario che il datore di lavoro tenti la ricollocazione del lavoratore in altra prestazione lavorativa compatibile con il suo stato di salute, ed assolva quindi all’obbligo di *repêchage*”, Cass. 20 /09/ 2016, n. 18411.

Tale diversità ontologica è avvalorata dalla necessità, in ipotesi di licenziamento motivato per superamento del periodo di comporto e per impossibilità sopravvenuta allo svolgimento della prestazione per inidoneità fisica del lavoratore, “che l’impugnativa del recesso del datore di lavoro abbia ad oggetto entrambe le ragioni poste a fondamento dello stesso, senza che sia possibile, ove il lavoratore abbia proposto ricorso solamente contro una di esse, l’estensione dell’impugnazione all’altra giustificazione, atteso che il superamento del periodo di comporto attiene al protrarsi nel tempo di uno stato di malattia a carattere transitorio (o, comunque, non necessariamente irreversibile), mentre l’inidoneità fisica attiene all’esistenza di una condizione permanente a carattere irreversibile concernente l’incapacità del lavoratore a svolgere le prestazioni tipiche delle sue mansioni, dovendosi escludere che tra le due causali esista un necessario rapporto di dipendenza” Cass., 20/01/2011, n. 1250 (nella specie, relativa al licenziamento di un lavoratore con mansioni di casaro stagionale, assente dal lavoro per aver contratto, in dipendenza dell’attività svolta, una discopatia degenerativa di grado severo, la società datrice

di lavoro aveva intimato il licenziamento sia per superamento del periodo di comportamento che per la sopravvenuta inidoneità fisica e il giudice di merito, rilevato che nel ricorso non era stato preso in considerazione quest'ultimo motivo, aveva rigettato la domanda; la S.C., in applicazione dell'anzidetto principio, ha confermato la sentenza impugnata).

Sotto altro profilo, a tutela del disabile, verso cui è proiettata da tempo l'interpretazione della normativa nazionale e multilivello, e con specifico riferimento al superamento del comportamento, prende le mosse un nuovo indirizzo giurisprudenziale, il quale, richiamando il principio di non discriminazione di cui all'art. 3 Cost., sostiene che "la previsione di un periodo di comportamento uguale per i lavoratori disabili e per quelli normodotati costituisce un'ipotesi di discriminazione indiretta, trattandosi di una disposizione apparentemente neutra, che tuttavia introduce una disparità di trattamento a danno dei soggetti disabili, i quali sono statisticamente più soggetti, rispetto ad altri lavoratori, ad assenze per malattia collegate alle patologie invalidanti", Tribunale Verona sez. lav., 21/03/2021.

Ancora, Tribunale Mantova sez. lav., 22/09/2021 n. 126 che, richiamando il punto 39 della sentenza della Corte di Giustizia dell'UE del 18.1.2018 (causa C-270/16) – il quale evidenzia che "rispetto a un lavoratore non disabile, un lavoratore disabile è esposto al rischio ulteriore di assenze dovute a una malattia collegata alla sua disabilità. Egli è quindi soggetto a un maggiore rischio di accumulare giorni di assenza per malattia e, quindi, di raggiungere i limiti ... Risulta, dunque, che la norma di cui a tale disposizione è idonea a svantaggiare i lavoratori disabili e, quindi, a comportare una disparità di trattamento indirettamente basata sulla disabilità ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera b), della direttiva 2000/78" – giunge ad affermare che "facendo ricorso ad un'interpretazione costituzionalmente orientata (in adesione al principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 Cost.) ed aderente alla normativa ed alla giurisprudenza comunitaria sopra richiamata, parte della giurisprudenza di merito ha statuito che costituisce discriminazione indiretta la previsione per un lavoratore disabile e per un lavoratore non disabile del medesimo periodo di comportamento, attesa la necessità di differenziazione della tutela, da adeguare alla situazione peculiare (c.d. fattore di rischio) in cui versano i soggetti disabili ed ha stabilito che in applicazione dell'articolo 2 della direttiva comunitaria 2000/78/CE, nel caso di persone portatrici di un particolare handicap, il datore di lavoro, al fine di evitare la discriminazione indiretta in caso di licenziamento per superamento del periodo di comportamento, va ritenuto obbligato ad adottare

misure adeguate, conformemente ai principi dell'art. 5, per ovviare agli svantaggi provocati da tale disposizione (come sottrarre dal calcolo del periodo i giorni di malattia ascrivibili all'handicap o individuare un ulteriore giustificato motivo di licenziamento). Alla luce di tutto ciò sembra che, ai fini della irrogazione di un licenziamento, concepire per un soggetto disabile contraddistinto da una permanente grave patologia, il medesimo periodo di comportamento previsto per un soggetto non afflitto da handicap, contrasti apertamente con i corollari del principio di parità di trattamento per cui situazioni diverse meritano un trattamento differenziato e configuri quella discriminazione indiretta di cui alla direttiva 2000/78/CE”.

Ancora conforme, Corte di Appello Genova sez. lav., 21/07/2021 n. 211:

“L'esclusione dal computo del periodo di comportamento dei giorni di assenza per malattie connesse allo stato di *handicap* dei lavoratori non costituisce un carico eccessivo per il datore di lavoro che ha a disposizione tutta una serie di misure e sostegni per poterlo sopportare, non ultimo quello di controllare in modo costante l'idoneità alla mansione del lavoratore disabile; fatta tale premessa, la conseguenza è che è discriminatorio non contemplare un regime differenziato del periodo di comportamento per malattie connesse allo stato di *handicap*, equiparando in modo non consentito lo stato di *handicap* (caratterizzato da una menomazione permanente non destinata alla guarigione ma, nella maggior parte dei casi, al peggioramento dei postumi) ad una comune 'malattia' (intesa come episodio di inabilità temporanea destinato alla guarigione)” e, da ultimo, perfettamente sovrapponibile, Tribunale Milano, 2/05/2022.

L'ultimo arresto della Suprema Corte sul tema, con lettura più restrittiva e categoriale, si limita a statuire che “Le assenze dovute a malattie collegate con lo stato di invalidità non possono essere computate nel periodo di comportamento se il lavoratore, invalido iscritto negli elenchi indicati dalla legge n. 482 del 1968, sia stato adibito a mansioni incompatibili con le sue condizioni di salute. Ma quest'ultimo deve comunque dimostrare il nesso causale tra le mansioni e il danno alla propria salute che ne è conseguito” (Cass. 12/04/2017, n. 9395).

Non ci si soffermerà oltre sui concetti di discriminazione ‘diretta’ e ‘indiretta’ (sul distinguo cfr. Cass. 25/07/2019, n. 20204 “perché la discriminazione possa qualificarsi come diretta, è necessario che l'atto in questione si configuri come un trattamento deteriore riservato al lavoratore quale effetto della sua appartenenza alla categoria protetta. In altri termini, è lo stesso comportamento tenuto che determina la discriminazione. Diversamente, nella discriminazione indiretta, il

comportamento è di per sé legittimo ma, producendo effetti in un soggetto con particolari caratteristiche, nel caso in oggetto portatore di handicap, determina una situazione di disparità”), che esulano dal tema specifico in analisi; giova tuttavia evidenziare come l’orientamento giurisprudenziale, interprete del diritto positivo, mostra estrema sensibilità verso la tutela ad ampio raggio del lavoratore disabile, non soltanto all’atto dell’inclusione nel mondo del lavoro con plurimi strumenti (valga per tutte, L. 12 marzo 1999, n. 68 “Norme per il diritto al lavoro dei disabili”) ma apprestando una serie di tutele atte a garantire il mantenimento in vita del rapporto di lavoro (ad es. escludendo dal comparto la malattia in qualche modo collegata alla diminuita integrità psico-fisica per disabilità), sino a giungere all’imposizione di una serie di limiti all’esercizio del potere datoriale di recesso, osservati i quali si giunge ad una qualificazione di legittimità.

-----

### **3. L’accertamento della inidoneità sopravvenuta.**

L’accertamento dell’inidoneità sopravvenuta del dipendente può provenire dal medico competente su richiesta del lavoratore, ai sensi della normativa prevista in materia di sicurezza (art. 41 D. Lgs. n. 81/2008), ovvero dalla Commissione medica istituita presso l’ASL (organo competente secondo l’art. 5 Legge n. 300/1970) su richiesta del datore di lavoro.

Il D. Lgs. n. 81/2008 prevede in capo al datore di lavoro l’obbligo di far accertare, tramite il medico competente nell’ambito della sorveglianza sanitaria, l’idoneità del dipendente alla mansione specifica.

L’idoneità va accertata all’atto di costituzione del rapporto o successivamente, con specifiche cadenze o al verificarsi di taluni presupposti, tra i quali quando venga richiesta dal lavoratore e sia ritenuta dal medico competente correlata ai rischi lavorativi.

Al termine della visita medica, sulla base delle risultanze della stessa, il medico esprimerà un giudizio relativo alla mansione specifica che potrà essere:

- di idoneità;
- di idoneità parziale, temporanea o permanente, con prescrizioni o limitazioni;
- di inidoneità temporanea, con precisazione dei limiti temporali di validità;
- di inidoneità permanente.

Avverso i giudizi del medico competente il lavoratore potrà presentare ricorso entro 30 giorni all'organo di vigilanza territorialmente competente che, dopo eventuali ulteriori accertamenti, potrà confermarlo, modificarlo o revocarlo.

Il giudizio di inidoneità espresso dalla commissione medica competente non vincola il giudice che potrà giungere a conclusioni diverse tramite il proprio consulente tecnico d'ufficio.

Sul punto, Cass. civ. Sez. Lav. 17/06/2015, n. 12489: "In tema di licenziamento per inabilità al lavoro, il giudizio della Commissione medica ospedaliera, di cui all'art. 5 della legge 20 maggio 1970, n. 300, non ha valore vincolante né per il giudice, che può disporre consulenza tecnica d'ufficio per accertare la sussistenza delle condizioni di inabilità, né per il datore di lavoro, il quale, ai fini della risoluzione del rapporto per impossibilità sopravvenuta della prestazione, è tenuto altresì a provare di non poter in alcun modo destinare il lavoratore ad altre mansioni (anche inferiori) compatibili con lo stato di salute ed attribuibili senza alterare l'organizzazione produttiva, sempre che il dipendente non abbia già manifestato a monte il rifiuto di qualsiasi diversa assegnazione".

Ancora, Cass. 25/07/2011, n. 16195: "non è vincolante per il giudice di merito adito per l'accertamento dell'illegittimità del licenziamento disposto a seguito di giudizio di inidoneità, avendo egli - in riferimento ai principi costituzionali di tutela processuale - il poterdovere di controllare l'attendibilità degli accertamenti sanitari effettuati dalla predetta Commissione" (conformi, Cass. 08/02/2008, n. 3095, Cass. 20/05/2002, n. 7311, Cass. 04/09/2018, n. 21620 e da ultimo Cass., 16/01/2020, n. 822 e 21/03/2022, n. 9158).

La stessa Corte Costituzionale, con la sentenza n. 420 del 14/12/1998 - nel dare atto del fatto che secondo il diritto vivente la dichiarazione di inidoneità fisica in esito alle procedure di cui allo Statuto, art. 5, non ha carattere di definitività poiché il giudice della controversia può pervenire a diverse conclusioni sulla base della consulenza tecnica d'ufficio disposta nel giudizio di merito - ha ritenuto che rientrano nel "rischio d'impresa" le conseguenze della scelta del datore di lavoro di optare per l'immediato licenziamento del dipendente invece che agire secondo le normali regole contrattuali con la risoluzione giudiziaria del rapporto di lavoro per sopravvenuta impossibilità della prestazione, ed ha sottolineato al riguardo che si tratta di una scelta del legislatore chiaramente rivolta a tutela del soggetto più debole. D'altra parte, diversamente opinando, il rischio di un errato accertamento da parte dell'organo amministrativo deputato

verrebbe fatalmente a gravare sul lavoratore, che si troverebbe a subire la risoluzione del rapporto anche in assenza di una causa giustificativa.

L'accertamento della inidoneità fisica del lavoratore da parte del medico competente ai sensi dell'art. 17 D. Lgs. 19 settembre 1994 n. 626 non deve essere impugnato, a pena della sua incontestabilità, dinanzi all'organo di sorveglianza. Pertanto, il lavoratore, licenziato dal datore di lavoro a seguito dell'accertamento di inidoneità da parte del medico, può in ogni caso impugnare il licenziamento contestando l'accertamento ed al giudice del lavoro è rimesso il sindacato sulla correttezza del giudizio espresso, anche disponendo consulenza tecnica d'ufficio (Cass. n. 4757/2015).

Qualora il medico competente emetta nei confronti di un dipendente un giudizio di inidoneità temporanea alle mansioni, non vi è possibilità di licenziamento, trovandoci in presenza di una patologia transitoria.

Il datore di lavoro in tali casi ha l'obbligo di sospendere in via momentanea il dipendente dalle mansioni alle quali è addetto: egli deve infatti, *ex art. 2087 c.c.*, adottare tutte le misure necessarie a tutelare l'integrità fisica dei dipendenti.

In caso contrario, qualora pur a conoscenza dello stato di inabilità temporanea del lavoratore, il datore decidesse comunque di fargli svolgere le stesse mansioni potrebbe essere ritenuto responsabile di un eventuale aggravamento o compromissione dello stato di salute del lavoratore.

-----

#### **4. I limiti al potere di licenziamento del lavoratore divenuto inidoneo alle mansioni e gli obblighi datoriali: approdi giurisprudenziali.**

Il tema dell'inidoneità sopravvenuta del dipendente allo svolgimento delle mansioni e le condizioni che possono legittimare in questi casi un licenziamento per giustificato motivo oggettivo ha costituito oggetto di un lungo dibattito che ha coinvolto sia dottrina che giurisprudenza.

Prima della evoluzione della materia anche ad opera della influenza della normativa eurocomunitaria, il lavoratore che, nel corso dello svolgimento del rapporto di lavoro, fosse divenuto inidoneo alle mansioni assegnate non poteva vantare alcun diritto o pretesa nei confronti dell'azienda, legittimando tali casi il recesso del datore di lavoro ai sensi dell'art. 1464 c.c. per prestazione diventata parzialmente impossibile, senza che sussistesse in capo a quest'ultimo l'onere di dimostrare l'inesistenza di altri posti di lavoro in azienda caratterizzati

da mansioni più facilmente adattabili alle condizioni del lavoratore (valga per tutte, Cass., n. 3174/1995).

L'orientamento della giurisprudenza era assestato nel ritenere che "nell'ipotesi di sopravvenuta inidoneità fisica del lavoratore alle mansioni affidategli determinante una parziale impossibilità della prestazione, il datore di lavoro può, a norma dell'art. 1464 c.c., risolvere il rapporto, ove non abbia un apprezzabile interesse all'adempimento parziale; tale opzione datoriale, tuttavia, concretandosi nell'esercizio del potere di licenziamento, va esercitata nel rispetto dei principi sanciti dalla L. n. 604 del 1966, con particolare riferimento agli art. 1 e 3. Ne consegue che può ritenersi legittimo il recesso del datore di lavoro solo quando sia provata l'impossibilità di adibire il lavoratore la cui prestazione sia divenuta parzialmente impossibile a mansioni equivalenti e compatibili con le sue residue capacità lavorative, senza che ciò comporti una modifica dell'assetto aziendale" (Cass. 23/08/1997, n. 7908).

In sostanza dominava il principio della intangibilità dell'organizzazione aziendale.

Trovava dunque applicazione, in presenza di inidoneità parziale sopravvenuta del lavoratore, il regime codicistico della risoluzione dei contratti sinallagmatici comportante il diritto di recesso del datore di lavoro qualora questi non manifestasse un interesse apprezzabile all'adempimento parziale.

In particolare, si faceva ricorso alla regola generale della risoluzione per impossibilità sopravvenuta di cui all'art. 1256 c.c. (<<la obbligazione si estingue quando, per una causa non imputabile al debitore, la prestazione diventa impossibile. Se l'impossibilità è solo temporanea, il debitore, finché essa perdura, non è responsabile del ritardo nell'adempimento. Tuttavia l'obbligazione si estingue se l'impossibilità perdura fino a quando, in relazione al titolo dell'obbligazione o alla natura dell'oggetto, il debitore non può più essere ritenuto obbligato a eseguire la prestazione ovvero il creditore non ha più interesse a conseguirla>>), e per impossibilità parziale di cui all'art. 1464 c.c. (<<quando la prestazione di una parte è divenuta solo parzialmente impossibile, l'altra parte ha diritto a una corrispondente riduzione della prestazione da essa dovuta, e può anche recedere dal contratto qualora non abbia un interesse apprezzabile all'adempimento parziale>>).

\*\*\*

E' con la nota sentenza del 7/08/1998, n. 7755 resa a Sezioni Unite che la Corte di Cassazione riconosce che, nei casi di sopravvenuta inidoneità del dipendente a svolgere le mansioni per le quali è stato

assunto, sussiste il c.d. obbligo di *repêchage*, istituto di matrice giurisprudenziale, inteso come possibilità di collocare il dipendente presso un altro reparto o di adibirlo ad altre e diverse mansioni, incluse quelle inferiori che il lavoratore si sia detto disponibile a svolgere.

Così il Supremo Collegio: “in caso di sopravvenuta infermità permanente del lavoratore, l'impossibilità della prestazione lavorativa quale giustificato motivo di recesso del datore di lavoro dal contratto di lavoro subordinato (artt. 1 e 3 legge n. 604 del 1966 e artt. 1463 e 1464 cod. civ.) non è ravvisabile per effetto della sola ineseguitabilità dell'attività attualmente svolta dal prestatore di lavoro, perché può essere esclusa dalla possibilità di adibire il lavoratore ad una diversa attività, che sia riconducibile – alla stregua di un'interpretazione del contratto secondo buona fede – alle mansioni attualmente assegnate o a quelle equivalenti (art. 2103 cod. civ.) o, se ciò è impossibile, a mansioni inferiori, purché tale diversa attività sia utilizzabile nell'impresa, secondo l'assetto organizzativo insindacabilmente stabilito dall'imprenditore”.

In altre parole, prima di poter licenziare un lavoratore in conseguenza di una sopravvenuta inidoneità alle mansioni, il datore di lavoro doveva necessariamente sperimentare la sua possibilità di utilizzo in un altro settore aziendale.

In tale fattispecie la giurisprudenza ha individuato per la prima volta il limite al potere di recesso datoriale nella contestuale sussistenza di tre condizioni: che vi sia la possibilità di adibire il lavoratore a mansioni diverse, che ciò possa avvenire senza che risultino necessari mutamenti dell'assetto organizzativo insindacabilmente stabilito dall'imprenditore, e che vi sia il consenso dell'interessato.

La svolta operata dalla Corte di Cassazione trova immediato punto di arrivo nella Legge n. 68/1999 in materia di collocamento mirato dei disabili, sebbene con molte ambiguità.

L'art. 1, co. 7, stabilisce che <<i datori di lavoro, pubblici e privati, sono tenuti a garantire la conservazione del posto di lavoro a quei soggetti che, non essendo disabili al momento dell'assunzione, abbiano acquisito per infortunio sul lavoro o malattia professionale eventuali disabilità>>.

L'art. 4, co. 4, dispone che <<i lavoratori che divengono inabili allo svolgimento delle proprie mansioni in conseguenza di infortunio o malattia non possono essere computati nella quota di riserva di cui all'art. 3 se hanno subito una riduzione della capacità lavorativa inferiore al 60 per cento o, comunque, se sono divenuti inabili a causa dell'inadempimento da parte del datore di lavoro, accertato in sede giurisdizionale, delle norme in materia di sicurezza ed igiene del

lavoro. Per i predetti lavoratori l'infortunio o la malattia non costituiscono giustificato motivo di licenziamento nel caso in cui essi possano essere adibiti a mansioni equivalenti ovvero, in mancanza, a mansioni inferiori. Nel caso di destinazione a mansioni inferiori essi hanno diritto alla conservazione del più favorevole trattamento corrispondente alle mansioni di provenienza. Qualora per i predetti lavoratori non sia possibile l'assegnazione a mansioni equivalenti o inferiori, gli stessi vengono avviati, dagli uffici competenti di cui all'art. 6, comma 1, presso altra azienda, in attività compatibili con le residue capacità lavorative, senza inserimento nella graduatoria di cui all'art. 8>>.

Le due fattispecie si distinguono in ragione della causa della disabilità (di origine lavorativa nel primo caso, di origine extralavorativa nel secondo caso) cui risulta correlata una differente forza di tutela.

Nel caso in cui la disabilità o inabilità siano conseguenza di ragioni extralavorative, il datore di lavoro può procedere al licenziamento per giustificato motivo oggettivo dopo aver verificato l'impossibilità di un utile reimpiego in mansioni equivalenti o inferiori.

Nel caso in cui, invece, si tratti di conseguenza di infortunio sul lavoro ovvero di malattia professionale, la norma parrebbe imporre un divieto assoluto di licenziamento, a dispetto delle esigenze produttive e organizzative aziendali.

L'art. 10, co. 3, infine, limitatamente alla categoria dei disabili assunti obbligatoriamente, dopo aver disposto una specifica procedura per il caso di aggravamento delle condizioni di salute o di modifiche dell'organizzazione del lavoro, sancisce che il rapporto di lavoro può essere risolto nel caso in cui, <<anche attuando i possibili adattamenti dell'organizzazione del lavoro>>, si accerti <<la definitiva impossibilità di reinserire il disabile all'interno dell'azienda>>.

La Legge n. 68/1999 ad ogni modo sostanzialmente distingue l'impossibilità parziale, che giustifica l'adozione di misure compensative e l'attivazione dell'obbligo di *repêchage*, da quella totale, che invece giustifica la cessazione del rapporto di lavoro.

Al contempo modifica il bilanciamento operato dalla Suprema Corte con la sentenza resa a Sez. Unite dianzi citata, prevedendo che si debbano altresì attuare degli adattamenti all'organizzazione del lavoro, solo a favore dei disabili avviati obbligatoriamente, sancendo il diritto dei medesimi alla conservazione del precedente trattamento retributivo.

L'obbligo di adibizione del lavoratore ad altre mansioni è stato poi riconosciuto e ampliato a tutti i casi di inidoneità sopravvenuta al lavoro ad opera dell'art. 42 del successivo D. Lgs n. 81/2008.

Quest'ultimo, infatti, ha generalizzato la previsione in tal senso contenuta nell'art. 8 D. Lgs n. 277/1991 che riguardava esclusivamente i casi di inidoneità temporanea dovuta all'esposizione ad agenti chimici, fisici e biologici.

È stato esteso così a tutti i casi di inidoneità alla mansione specifica, indipendentemente dalle cause (pregresse, dovute alle condizioni di lavoro o derivanti da fatti estranei al rapporto di lavoro), l'obbligo di adibire il lavoratore ad altre mansioni equivalenti o inferiori, anche in questa disposizione con conservazione della retribuzione e del livello di inquadramento precedentemente acquisiti.

Come è noto, trattasi di disposizione improntata all'intento di tutelare il lavoratore divenuto inidoneo, prescrivendo al datore di lavoro di ricercare, in via principale, il reimpiego in mansioni equivalenti e, in via subordinata, anche quello in mansioni inferiori, mantenendo fermo il diritto del lavoratore a percepire il medesimo trattamento retributivo.

Quando tali tentativi di ricollocamento danno esito negativo, il datore di lavoro è autorizzato a recedere dal contratto.

Sul punto, Cassazione civile sez. lav., 26/01/2017, n.2008: “In tema di idoneità al lavoro con prescrizioni, l'art. 42 del d.lgs. n. 81 del 2008 non contiene alcuna previsione limitativa del licenziamento in quanto collega l'obbligo di mantenimento in servizio del lavoratore all'obiettiva possibilità di reperire mansioni che gli consentano di espletare la prestazione senza pregiudizio per la sua salute, anche se con compromissione della professionalità qualora vi sia accettazione di un demansionamento, sicché, fermo l'obbligo del datore di lavoro di far svolgere mansioni compatibili con lo “status” del lavoratore, non è esclusa la possibilità del recesso qualora le stesse non siano rinvenute in azienda”.

Come messo in evidenza da Cassazione civile sez. lav., 01/07/2016, n.13511 “L'art. 42 del d.lgs. n. 81 del 2008, nel prevedere che il lavoratore divenuto inabile alle mansioni specifiche possa essere assegnato anche a mansioni equivalenti o inferiori, nell'inciso “ove possibile” contempera il conflitto tra diritto alla salute ed al lavoro e quello al libero esercizio dell'impresa, ponendo a carico del datore di lavoro l'obbligo di ricercare – anche in osservanza dei principi di buona fede e correttezza nell'esecuzione del rapporto – le soluzioni che, nell'ambito del piano organizzativo prescelto, risultino le più convenienti ed idonee ad assicurare il rispetto dei diritti del lavoratore e lo grava, inoltre, dell'onere processuale di dimostrare di avere fatto tutto il possibile, nelle condizioni date, per l'attuazione dei detti diritti”.

Può forse escludersi che tale disposizione sia stata implicitamente abrogata a seguito delle modifiche all'art. 2103 c.c. apportate dall'art.

3, D. Lgs n. 81/2015, trattandosi di norma speciale riguardante una situazione specifica non regolata dalla norma generale codicistica.

Tutte queste sovrapposizioni concettuali non vengono peraltro tenute in debito conto dalle ultime recenti modifiche alla disciplina in materia di licenziamenti che prendono in considerazione i casi di inidoneità al lavoro senza ponderare l'evoluzione normativa che ha subito il concetto di disabilità e ignorando, quindi, la sussistenza di rilevanti margini di sovrapposizione e, secondo alcune interpretazioni, di pressoché totale equiparazione tra inabilità al lavoro e disabilità.

\*\*\*

Intanto la Corte di Giustizia UE, con sentenza 4/07/2013, causa C-312/2011 (Commissione Europea vs. Repubblica Italiana), condanna lo Stato Italiano per il non corretto recepimento delle norme a tutela dei lavoratori gravati da *handicap*, ed in particolare per non avere recepito “correttamente e completamente” l'articolo 5 della Direttiva 2000/78/CE, che ha disciplinato l'obbligo per i datori di lavoro di adottare “soluzioni ragionevoli” per le persone con disabilità nell'ambiente di lavoro.

Sostanzialmente afferma la Corte di Giustizia deve prevedersi l'obbligo, in capo al datore di lavoro, di garantire un reimpiego del dipendente colpito da infermità permanente non totalmente invalidante, con l'unico limite della sproporzione fra mezzi e fini.

Il Ventunesimo Considerando della Direttiva 2000/78 prevede che “per determinare se le misure in questione danno luogo a oneri finanziari sproporzionati, è necessario tener conto in particolare dei costi finanziari o di altro tipo che esse comportano, delle dimensioni e delle risorse finanziarie dell'organizzazione o dell'impresa e della possibilità di ottenere fondi pubblici o altre sovvenzioni”.

In sintesi, nel procedimento giudiziario relativo alla “infrazione”, la difesa italiana (punto 55 della motivazione della Sentenza) ha sostenuto la tesi secondo cui l'applicazione dell'articolo 5 della Direttiva non può basarsi su un'unica modalità, fondata sugli obblighi imposti ai datori di lavoro; l'attuazione della norma, sempre secondo tale prospettazione difensiva, poteva avvenire anche mediante la predisposizione di un sistema di promozione dell'integrazione lavorativa delle persone con disabilità, essenzialmente fondato su un insieme di incentivi, agevolazioni, misure e iniziative a carico delle autorità pubbliche e, in parte, su obblighi imposti ai datori di lavoro; un sistema che nel nostro Paese sarebbe il risultato della normativa in materia di collocamento mirato, di cooperative sociali, della legge quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone

con disabilità e, sul versante delle mansioni specifiche del lavoratore, sulla normativa in materia di tutela della salute e sicurezza sul lavoro.

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

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

Con il "Decreto Lavoro" (D.L. n. 76/2013, convertito dalla L. n. 99/2013) è stata quindi recepita anche nel nostro ordinamento una disposizione assai rilevante a tutela delle persone con disabilità: l'obbligo, per tutti i datori di lavoro, di adottare "accomodamenti ragionevoli" nell'ambiente di lavoro per garantire "parità di condizioni".

L'art. 3, co. 3 *bis*, D. Lgs. n. 216/2003 di recepimento della Direttiva, stabilisce, oggi, che <<al fine di garantire il rispetto del principio della parità di trattamento delle persone con disabilità, i datori di lavoro pubblici e privati sono tenuti ad adottare accomodamenti ragionevoli, come definiti dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, ratificata ai sensi della legge 3 marzo 2009, n. 18, nei luoghi di lavoro, per garantire alle persone con disabilità la piena eguaglianza con gli altri lavoratori. I datori di lavoro pubblici devono provvedere all'attuazione del presente comma senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica e con le risorse umane, finanziarie e strumentali disponibili a legislazione vigente>>.

Il risalente orientamento delle Sezioni Unite si avvia ad un, quantomeno parziale, *revirement*.

Prende forma un diverso indirizzo che, alla luce della giurisprudenza e della normativa comunitaria, sostiene che il lavoratore giudicato inidoneo alla mansione potrebbe venire a trovarsi in una situazione di "disabilità", intesa come limitazione (causata da

menomazioni fisiche, mentali o psichiche durature) tale da ostacolare in maniera significativa la partecipazione del soggetto alla vita professionale in condizioni di uguaglianza con gli altri lavoratori (cfr. Sent. CGUE 11 aprile 2013 C- 335/11 e C-337/11).

Il datore di lavoro in casi di questo tipo non deve limitarsi a verificare la presenza in azienda di posizioni compatibili con lo stato di salute del dipendente, ma si richiede un *quid pluris*: deve attuare “accomodamenti ragionevoli”, intendendosi per tali le modifiche e gli adattamenti necessari e idonei a tutelare il lavoratore, conducendo per tal via a configurare in capo al datore di lavoro un onere aggiuntivo a quello di *repêchage*.

Categoria volutamente ampia, elastica, per adattarsi alle molteplici circostanze dei casi concreti, con impossibilità di tipizzazione delle condotte prescrivibili; gli accomodamenti devono essere idonei a consentire alla persona disabile di svolgere la propria attività lavorativa.

In via meramente esemplificativa e non tassativa, avuto riguardo anche alle indicazioni del 20 Considerando della Direttiva 70/2000/CE, possono identificarsi: nella sistemazione dei locali, nell’adattare le attrezzature, nel riallestimento della postazione lavorativa, nella redistribuzione delle mansioni, nel cambiamento dei turni, nella riduzione o rimodulazione dell’orario di lavoro, nel fornire strumenti di riqualificazione o diverso inquadramento contrattuale.

Tale nozione originariamente assente nell’ordinamento giuridico italiano viene – dunque – mutuata dall’esperienza comunitaria ed internazionale e, precisamente, dal dato normativo di cui all’art. 4, co. 2, della Convenzione ONU sui Diritti delle Persone con Disabilità, approvata dall’Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 13 dicembre 2006, che identifica gli “accomodamenti ragionevoli” come <<le modifiche e gli adattamenti necessari ed appropriati che non impongano un onere sproporzionato o eccessivo, adottati, ove ve ne sia necessità in casi particolari, per garantire alle persone con disabilità il godimento e l’esercizio, su base di uguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali>>.

Sul piano del diritto interno, tale nozione viene “interiorizzata” mediante l’introduzione, come innanzi accennato, del comma 3-*bis* all’articolo 3 del D. Lgs. n. 216 del 2003, così come integrato dal D.L. n. 76 del 2013, con cui il legislatore ha inteso recepire l’art. 5 della Direttiva n. 78/2000/CE del 27/11/2000 in materia di parità di trattamento in termini di occupazione e lavoro, finalizzata ad imporre agli Stati membri l’obbligo di adottare misure idonee a consentire alle persone con disabilità di accedere al lavoro, di svolgerlo, di ricevere una promozione ed un’adeguata formazione, con l’esclusione dei

provvedimenti che comportino un onere finanziario sproporzionato per l'azienda datrice di lavoro.

Viene in rilievo una cd. nozione *bio-psicosociale* di disabilità, come definita dalla dottrina, che ha spostato il *focus* sull'interazione tra la condizione di salute dell'individuo e le barriere, intese in senso lato, dell'ambiente sociale in cui quell'individuo opera.

La Corte di Lussemburgo ha, da un lato, accolto la nozione ampia e inclusiva di disabilità propria della Convenzione ONU del 2006, da intendersi come <<riguardante una limitazione di capacità, risultante in particolare da durature menomazioni fisiche, mentali o psichiche, che, in interazione con barriere di diversa natura, può ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale>> e, d'altro lato, specificato che tale concetto include anche una malattia cronica o di lunga durata se ed in quanto essa comporti una limitazione nei termini di cui sopra.

L'ordinamento multilivello offre dunque all'interprete -a vari fini di tutela, anche previdenziale, dei lavoratori- definizioni differenti dei termini "inidoneità", "invalidità", "disabilità", "handicap", che trovano fondamento in una trama di fonti di rango sovranazionale (Direttiva 2000/78/Ce del 27 novembre 2000) e nazionale.

A tanto si aggiunga che, durante lo stato di emergenza da Sars-Cov-2 (prorogato sino al 31/03/2022 dal D. L. n. 221/2021), è emersa un'ulteriore fattispecie ascrivibile all'alveo della disabilità *latu sensu*, ossia la "fragilità" (D.L. n. 18/2020), che identifica i lavoratori maggiormente esposti al rischio di contagio.

Spetta, dunque, al giudice nazionale verificare se la situazione da cui è affetto il lavoratore possa essere qualificata disabilità a norma del diritto europeo, in quanto il fatto che una persona sia riconosciuta "disabile" secondo il diritto nazionale, non comporta a priori che egli sia affetto da una disabilità ai sensi la direttiva 78/2000/CE.

Appare chiaro come, allargando le "maglie" del concetto, si finisce all'opposto per delimitare nella pratica l'esercizio legittimo del potere di recesso e, più in generale, il *modus operandi* del datore di lavoro.

\*\*\*

Inizia così un nuovo percorso interpretativo da parte della giurisprudenza di legittimità, in linea con l'orientamento espresso sul tema in ambito eurocomunitario.

Ritroviamo gran parte di queste considerazioni nella prima sentenza, in ordine cronologico, della Corte di Cassazione n. 6798 del 19/03/2018 (est. Francesca Spena) e nella immediatamente successiva n. 26675 del 22/10/2018 (est. Matilde Lorito).

Statuizioni che inaugurano la stagione degli “accomodamenti ragionevoli”.

Il caso sottoposto al vaglio dei giudici nella prima sentenza riguardava il licenziamento di un lavoratore, saldatore meccanico, per inidoneità fisica sopravvenuta causata dall’insorgenza di una serie di malattie respiratorie -tra le quali la broncopneumopatia e la dermatite da contatto- che gli impedivano l’esposizione alle polveri presenti sul luogo di lavoro (era assegnato ad un cementificio ove la datrice di lavoro svolgeva in appalto il servizio di manutenzione degli impianti e dei macchinari).

La questione affrontata dalla Suprema Corte concerneva i limiti della cooperazione esigibile dal datore di lavoro, in caso di accertata inidoneità fisica del prestatore alle proprie mansioni per determinate patologie o *handicap*, al fine di salvaguardare il rapporto di lavoro.

In primo e in secondo grado il licenziamento veniva giudicato illegittimo sulla base degli accertamenti espletati dai consulenti tecnici che avevano individuato delle misure tali (se attuate) da consentire al lavoratore l’esecuzione delle proprie mansioni.

In particolare, l’assegnazione del dipendente presso l’officina distante circa 200 metri dalla cemenzeria; la bonifica quotidiana dalle polveri, senza ricorrere alla assunzione di un ulteriore addetto (misura di prevenzione, a detta dei consulenti, necessaria per tutti i lavoratori ivi impegnati) e pulizia accurata dei macchinari provenienti dallo stabilimento di produzione presso l’officina; tali accorgimenti avrebbero reso il lavoratore idoneo allo svolgimento della mansione e avrebbero scongiurato l’adozione del provvedimento di licenziamento.

Entrambe le misure, oltre che opportune e necessarie, venivano giudicate non eccessivamente onerose per la società che, tuttavia, contrastava tale decisione censurando l’indebita ingerenza sulla libertà dell’imprenditore, costituzionalmente tutelata *ex art. 41 Cost.*, di organizzare la propria impresa.

La società puntualizzava che il provvedimento oggetto di gravame imponeva alla medesima di stravolgere, in maniera irragionevole, la propria organizzazione del lavoro, con sacrificio anche degli interessi degli altri dipendenti, al fine di consentire al lavoratore, proprio mediante la modifica della propria struttura organizzativa, di espletare la propria prestazione. In concreto, secondo l’assunto della società, la sentenza di appello era meritevole di censura in quanto obbligava l’imprenditore a spostare alcune unità lavorative da un reparto ad un altro (dall’officina al cementificio) per consentire al lavoratore inidoneo di svolgere le proprie mansioni, nonostante l’azienda non avesse un interesse oggettivamente apprezzabile all’esecuzione parziale della

prestazione, imponendo pure l'impiego, in via esclusiva, di unità addette alla pulizia dell'officina da bonificare quotidianamente, con penalizzante impiego di un *surplus* di energie lavorative.

La Corte di Cassazione, riprendendo la nozione di "*handicap*" (o disabilità) contenuta nella Direttiva n. 78/2000 CE e valorizzando un presupposto fattuale, rilevava, con la statuizione in commento, che il giudizio di inidoneità espresso nei confronti del dipendente affetto dalla broncopneumopatia finiva per ostacolare in pratica la partecipazione del lavoratore alla vita professionale, ponendosi in diretto contrasto con le finalità espresse dalla normativa comunitaria.

La sentenza in commento confermava la decisione dei giudici di merito che avevano dichiarato il licenziamento illegittimo in quanto sussisteva per il datore di lavoro la possibilità di adottare soluzioni ragionevoli, atte a consentire al lavoratore di continuare ad espletare attività lavorativa, non essendosi verificata nel caso di specie alcuna violazione della libertà di iniziativa imprenditoriale di cui all'art. 41 della Cost.

Più in particolare, non si configurava per l'azienda un onere finanziario sproporzionato ai fini dell'adozione degli accorgimenti segnalati, da considerarsi quale unico limite all'attuazione della normativa comunitaria; obbligo, quest'ultimo, che in ogni caso non comprimeva la libertà di organizzazione datoriale costituzionalmente protetta.

La conclusione si allinea perfettamente all'interpretazione data dalla Corte di giustizia Ue della nozione di disabilità: secondo i giudici di legittimità, nel caso di specie ricorrevano entrambi i presupposti richiesti dalla citata Direttiva; in particolare, sia l'attinenza della controversia alle condizioni di lavoro, tra cui rientra anche l'ipotesi del licenziamento (art. 3 della Direttiva), sia il fattore soggettivo dell'*handicap* (protetto dall'art. 1 della Direttiva).

Richiamava, quindi, nella propria motivazione una nozione di *handicap* ben più ampia e dinamica rispetto a quella prevista dalla normativa nazionale di cui alla L. n. 68/1999, mutuata dal diritto dell'UE in ragione dell'avvenuta ratifica da parte di quest'ultima della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità del 2006.

\*\*\*

La seconda sentenza, pronunciata a distanza di qualche mese, la n. 26675 del 22/10/2018, muovendo dalle stesse premesse, completa il ragionamento decisorio spingendosi a valutare il sistema sanzionatorio applicabile.

Nel caso di specie, la Corte di Appello di Torino, accogliendo la domanda della lavoratrice divenuta inidonea alle mansioni e licenziata per inutilizzabilità, dichiarava comunque risolto il rapporto di lavoro applicando la sola tutela indennitaria di cui all'art. 18, co. 5, l. n. 300/70 e condannando la datrice di lavoro al risarcimento del danno quantificato in venti mensilità dell'ultima retribuzione di fatto.

Più specificamente, la Corte, richiamando i principi di correttezza e buona fede e facendo leva sulla necessità di bilanciare gli interessi in gioco, riteneva avere omesso la datrice di lavoro di assolvere all'onere probatorio posto a suo carico in ordine al cd. *repêchage*, in quanto non erano state offerte alla lavoratrice posizioni lavorative alternative, anche inferiori e compatibili con il suo stato di salute.

Applicava la tutela meramente indennitaria ritenendo – ed era questo il punto nodale della controversia – che la violazione dell'obbligo di *repêchage* non integrasse una ipotesi di manifesta insussistenza del fatto posto a fondamento del licenziamento per gmo, che avrebbe condotto alla reintegrazione ai sensi dell'art. 18, co. 4, Stat. Lav., ma andava ricondotta alla tutela indennitaria di cui al successivo comma.

La Corte di Cassazione con questa seconda pronuncia affronta quindi, in più rispetto alla prima, il tema della tutela applicabile in caso di licenziamento intimato per sopravvenuta inidoneità: richiamando il proprio recente orientamento, espresso con sentenza del 2/05/2018 n. 10435, in tema di licenziamento per motivi economici giunge ad affermare che in tale ipotesi trova applicazione la cd. tutela reintegratoria attenuata, in quanto “costituirebbe una grave aporia sistematica ritenere che la violazione dell'obbligo di *repêchage* possa determinare una tutela reintegratoria nel caso di licenziamento per motivi economici e precluderla invece nel caso di lavoratore affetto da inidoneità fisica o psichica”.

\*\*\*

Un ulteriore passaggio si compie con la statuizione della Suprema Corte del 19/12/2019, n. 34132 (est. Guido Raimondi) con la quale viene ribadita la necessità di bilanciare la tutela degli interessi costituzionalmente rilevanti del lavoratore divenuto inidoneo con la libertà di iniziativa economica dell'imprenditore, con l'ulteriore – ed è qui la novità – limite derivante dal rispetto dell'equivalente diritto vantato dagli altri lavoratori alla conservazione sia delle mansioni assegnate che della professionalità acquisita (principio solo in parte espresso nelle precedenti pronunce, n. 6798 e n. 27243 del 2018)

Il caso riguardava l'impugnativa del licenziamento per inidoneità fisica sopravvenuta alle mansioni espletate da una guardia giurata alle dipendenze di un Istituto di Vigilanza.

Il Tribunale accoglieva il ricorso Fornero a conclusione della fase sommaria; l'opposizione del datore di lavoro veniva rigettata e il Tribunale confermava l'illegittimità del recesso datoriale per violazione dell'obbligo di *repêchage*.

Avverso la detta sentenza, il datore di lavoro proponeva reclamo dinanzi alla Corte di Appello di Napoli, che, confermando la statuizione gravata, respingeva la prospettazione del reclamante, secondo la quale esso aveva dato piena prova dell'impossibilità di *repêchage* del lavoratore nella propria organizzazione aziendale attraverso la produzione dell'organigramma aziendale dal quale risultava che tutte le postazioni di lavoro presso i vari clienti dell'Istituto di vigilanza erano stabilmente occupate e che non vi erano postazioni vacanti in cui ricollocare il dipendente.

La Corte di Appello, facendo leva sulle circostanze che a) il lavoratore non era stato considerato assolutamente inidoneo alle mansioni di pertinenza di guardia giurata presentando solo delle limitazioni, che b) la postazione di lavoro occupata dal medesimo non era stata soppressa, che c) vi era perfetta omogeneità e fungibilità delle mansioni svolte dai vari dipendenti dell'Istituto di vigilanza, statuiva che vi sarebbe stata la possibilità di adibire il ricorrente a "postazioni compatibili con il suo stato di salute senza alcuna alterazione dell'assetto aziendale stabilito".

Chiariva che "nulla impediva all'azienda di reperire all'interno della sua organizzazione delle postazioni di lavoro compatibili con il nuovo stato di salute, magari spostando qualche dipendente da una posizione lavorativa all'altra, attesa la piena fungibilità ed omogeneità delle mansioni, ovvero facendo turnare il reclamato con altri dipendenti impegnati solo in turni diurni e in postazioni più congrue con il suo stato di salute", evitando prolungati stazionamenti in piedi con esclusione dal servizio di vigilanza presso gli istituti di credito ove statisticamente si registrava un più alto rischio di rapine.

Ricorre per cassazione l'Istituto di Vigilanza, lamentando che erroneamente i giudici di merito avrebbero posto a carico del datore di lavoro un onere probatorio appesantito e non previsto dalla legge, oltre cioè a dover dimostrare l'inesistenza di posizioni aziendali compatibili con lo stato di salute della guardia giurata inabile (e nella specie l'organigramma aziendale ne attestava l'insussistenza), si esigeva una modifica dell'assetto aziendale, con indebita ingerenza nella libertà di organizzazione tutelata dall'art. 41 Cost..

La Corte di Cassazione, richiamando l'ampia nozione di matrice comunitaria degli accomodamenti ragionevoli imposti al datore di lavoro, accoglieva la doglianza (cassando la statuizione con rinvio), affermando il principio secondo cui, pur avendo il datore di lavoro l'onere di adottare gli accomodamenti necessari ed appropriati per assicurare alle persone con disabilità il godimento di tutti i diritti umani, tale onere incontra dei limiti: nella specie era mancata, da parte dei giudici di merito, ogni valutazione in ordine alla proporzionalità e non eccessiva onerosità delle misure di adattamento indicate, sia rispetto alla organizzazione aziendale, sia con riferimento alla posizione soggettiva degli altri lavoratori che vantano egual diritto alla conservazione delle mansioni assegnate ed, in ogni caso, delle attività che ne custodiscano e valorizzino l'esperienza e la professionalità nel tempo acquisite.

Costituisce, dunque, una indebita ingerenza nell'insindacabile valutazione rimessa al datore di lavoro, e tutelata dall'art. 41 Cost., la pretesa di una diversa organizzazione del lavoro che determini "un aggravamento" della posizione degli altri addetti al reparto per la maggiore gravosità dei turni di lavoro su postazioni più impegnative ed il conseguente maggior rischio a loro carico.

L'onere – quindi – di modificare l'assetto organizzativo aziendale, configurato con la prima statuizione resa dalla Suprema Corte (n. 6798 del 19/03/2018) in tema di accomodamenti ragionevoli, subisce un ridimensionamento, ravvisabile nella inesigibilità di modifica *in peius* delle posizioni lavorative proprie degli altri lavoratori, e tanto a prescindere dall'onere finanziario impiegabile, a presidio degli artt. 41 della Cost. e 2103 c.c..

Orientamento ripreso da ultimo da Cass. 23/02/2021, n. 4896 (est. Elena Boghetich) del tutto conforme.

\*\*\*

E veniamo al successivo approdo della Suprema Corte con la nota statuizione resa il 9/03/2021, n. 6467 (est. Fabrizio Amendola).

La vicenda, del tutto conforme al tema in oggetto, riguardava l'impugnazione di un licenziamento intimato ad un lavoratore per sopravvenuta inidoneità fisica alla mansione cui era addetto.

La Corte di Appello di Milano aveva a) confermato la pronuncia di primo grado nella parte in cui aveva ritenuto illegittimo il licenziamento intimato al lavoratore da una società di autolinee per sopravvenuta inidoneità fisica alla mansione e b) riformato la statuizione gravata nella parte in cui incideva sul regime sanzionatorio, condannando la datrice di lavoro alla reintegrazione del dipendente nel

posto di lavoro con tutela risarcitoria cd. attenuata (art. 18, co. 4, L. n. 300 del 1970)

La Corte territoriale, premessa l'applicabilità del D. Lgs. n. 216 del 2003, art. 3, comma 3 *bis*, di recepimento dell'art. 5 della direttiva 2000/78/CE, riteneva sussistere, in capo al datore di lavoro, un "obbligo generale di adottare tutte quelle misure – "accomodamenti ragionevoli" – atte ad evitare il licenziamento, anche quando queste incidano sull'organizzazione dell'azienda", salvo il limite dell'eventuale sproporzione degli oneri a carico dell'impresa.

In ragione di ciò, condivideva la valutazione effettuata dal Tribunale, affermando che non era affatto sufficiente che la società datrice avesse dimostrato che in biglietteria vi fossero lavoratori con profilo professionale superiore a quello posseduto dal ricorrente e che l'organigramma aziendale non prevedesse ulteriori addetti in quell'ufficio, ma avrebbe dovuto dimostrare che la destinazione del lavoratore portatore di *handicap* in tale ufficio avrebbe imposto un onere finanziario sproporzionato o comunque eccessivo anche con riferimento alla formazione professionale.

Per la Corte milanese la datrice di lavoro si era limitata ad affermare l'impossibilità del *repêchage* del dipendente fisicamente inidoneo secondo gli usuali criteri (statici) vigenti in tema di gmo per soppressione delle mansioni.

Lo stesso discorso valeva in relazione al possibile reimpiego del lavoratore nelle mansioni di lavaggio autobus (non essendo rilevante il fatto che nell'organigramma non fosse prevista la figura del pulitore esclusivo) o in quelle di verificatore in affiancamento ad altro collega; aggiungeva, infine, che l'azienda non si era affatto posta il problema di trovare ragionevoli situazioni per ricollocare il dipendente, e tanto emergeva chiaramente dalla deposizione del medico competente, il quale, sentito come testimone, aveva dichiarato di non essere mai stato incaricato dall'azienda di esprimere una valutazione in merito ad altre possibili mansioni cui adibire il lavoratore con disabilità.

Ricorreva per cassazione l'azienda, lamentando l'erroneità della statuizione impugnata sotto vari profili, e segnatamente perchè: 1) avrebbe affermato che l'obbligo, in capo al datore di lavoro, di adottare tutte quelle misure atte ad evitare il licenziamento del lavoratore incontrerebbe il solo limite della eventuale sproporzione degli oneri a carico dell'impresa, ma non anche quello della modificazione delle modalità di svolgimento della prestazione lavorativa a carico dei colleghi dell'invalido in quanto tale modifica doveva ritenersi esigibile; 2) avrebbe operato una non consentita valutazione sostitutiva delle prerogative esclusive del datore di lavoro, individuando posizioni

alternative, per le quali l'azienda (sin dalla prima fase del primo grado) aveva dedotto specifiche circostanze, tutte non contestate da controparte, dalle quali si evinceva sia la situazione di pieno organico sia l'impossibilità di adibire il lavoratore licenziato alle predette posizioni; 3) avrebbe erroneamente attribuito al medico competente della società una funzione che allo stesso, per legge, non competeva, ossia quella di esprimere valutazioni in merito a possibili mansioni a cui adibire il lavoratore divenuto inidoneo alla mansione/portatore di *handicap*; 4) avrebbe, infine, palesemente violato i principi di riparto dell'onere della prova, avendo la società dedotto e provato di essere in pieno organico e non esservi possibilità di adibizione a mansioni diverse.

La Cassazione, ricostruito puntualmente il quadro normativo nazionale ed eurocomunitario, richiamato il “fattore soggettivo dell'*handicap*” ricavabile dal diritto dell'Unione Europea, evidenziato il concetto di matrice comunitaria degli “accomodamenti ragionevoli” (nozione a contenuto variabile, categoria dogmatica estesa), richiamata la recente statuizione n. 34132 del 2019 che puntualizzava la necessità di una valutazione di proporzionalità e non eccessività delle misure di adattamento richieste rispetto all'organizzazione aziendale e con riguardo agli altri lavoratori, pur confermando la statuizione gravata con diversa motivazione, chiarisce che gli adeguamenti *lato sensu* organizzativi richiesti al datore di lavoro devono rispondere, al fine di “garantire il principio della parità di trattamento dei disabili”, al criterio della “ragionevolezza”.

La “ragionevolezza” dell'accomodamento deve intendersi come l'esigenza, anche a fronte di costi sostenibili e proporzionati, di rispettare il “canone di correttezza e buona fede che presidia ogni rapporto obbligatorio contrattuale ai sensi degli artt. 1175 e 1375 c.c.” (cfr. Cass. SS.UU. n. 5457 del 2009) e che risulta “immanente all'intero sistema giuridico, in quanto riconducibile al dovere di solidarietà fondato sull'art. 2 Cost.” (cfr. Cass. SS.UU. n. 15764 del 2011; v. pure Cass. SS.UU. n. 23726 del 2007; cfr. Cass. SS. UU. n. 18128 del 2005), esplicando “la sua rilevanza nell'imporre a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra” (Cass. SS.UU. n. 28056 del 2008).

Precisa, infine, che stante la natura indeterminata della clausola di “ragionevolezza” non possono essere dettate, in astratto, prescrizioni cogenti che prescindano dalle circostanze del caso concreto: l'accomodamento, infatti, postula una interazione fra una persona individuata, con le sue limitazioni funzionali, e lo specifico ambiente di lavoro che la circonda, interazione che, per la sua variabilità, non

ammette generalizzazioni; precisa che, ad ogni modo, si possono trarre indicazioni metodologiche utili per verificare l'esattezza dell'adempimento dell'obbligo di accomodamento nella concretezza del caso singolo, dovendosi in particolare ritenere ragionevole ogni soluzione organizzativa praticabile che miri a salvaguardare il posto di lavoro del disabile in un'attività che sia utile per l'azienda e che imponga all'imprenditore, oltre che al personale eventualmente coinvolto, un sacrificio che non ecceda i limiti di una tollerabilità considerata accettabile secondo "la comune valutazione sociale", dovendosi cioè avere riguardo non solo all'interesse del disabile al mantenimento di un lavoro confacente con il suo stato fisico e psichico, in una situazione di oggettiva ed incolpevole difficoltà, ma anche all'interesse del datore a garantirsi comunque una prestazione lavorativa utile per l'impresa ed altresì l'eventuale interesse degli altri lavoratori coinvolti, essendo fermo il limite non valicabile del pregiudizio a situazioni soggettive che assumano la consistenza di diritti soggettivi altrui.

Il fine perseguito è quello di porre in perfetto equilibrio gli interessi in gioco, tutti di rango costituzionale: il diritto del disabile a non essere discriminato, quello dell'imprenditore ad organizzare l'azienda secondo le proprie insindacabili scelte (senza interventi per mano giudiziaria) e quello degli altri lavoratori a non subire, anche a fronte dell'assoluta fungibilità delle mansioni, modifiche *in peius* delle mansioni, nonché evitare oneri organizzativi eccessivi ovvero, benché sostenibili, del tutto irragionevoli.

Delineati così i confini dell'obbligo dell'accomodamento ragionevole gravante sul datore di lavoro, con tale statuizione, e con un ripensamento rispetto al passato, la Corte di Cassazione passa a definire le regole di ripartizione degli oneri di allegazione e prova nella fattispecie in esame, ripristinando i principi generali operanti nell'adempimento delle obbligazioni, come stabiliti da Cass. SS. UU. n. 13533 del 2001.

Ribadisce innanzitutto che in tutte le tipologie di licenziamento per giustificato motivo oggettivo sussiste l'obbligo a carico del datore di lavoro di dare la prova dell'impossibilità di utilizzare diversamente il licenziato in esubero (c.d. obbligo di *repêchage* ordinario); elemento che, inespreso a livello normativo, trova giustificazione sia nella tutela costituzionale del lavoro che nel carattere necessariamente effettivo e non pretestuoso della scelta datoriale, che non può essere condizionata da finalità espulsive legate alla persona del lavoratore.

Agli oneri gravanti sul datore di lavoro in tutti i casi di licenziamento per giustificato motivo, si aggiungono poi, in tutti i casi

in cui il lavoratore deduca di trovarsi in una condizione di limitazione dovuta ad infermità fisica o psichica, quelli specifici di cui all'articolo 3, co. 3 *bis*, del D. Lgs. n. 216 del 2003.

Testualmente in sentenza “In tale situazione di riparto non è certo sufficiente per il datore semplicemente allegare e provare che non fossero presenti in azienda posti disponibili in cui ricollocare il lavoratore, come si trattasse di un ordinario *repêchage*, così creando una sovrapposizione con la dimostrazione, comunque richiesta, circa l'impossibilità di adibire il disabile a mansioni equivalenti o inferiori compatibili con il suo stato di salute. Nè spetta al lavoratore, o tanto meno al giudice, individuare in giudizio quali potessero essere le possibili modifiche organizzative appropriate e ragionevoli idonee a salvaguardare il posto di lavoro, sovvertendo l'onere probatorio e richiedendo una collaborazione nella individuazione degli accomodamenti possibili non prevista neanche per il *repêchage* ordinario in mansioni inferiori, oramai esteso dal recesso per sopravvenuta inidoneità fisica alle ipotesi di soppressione del posto di lavoro per riorganizzazione aziendale (Cass. n. 21579 del 2008; conf. Cass. n. 23698 del 2015; Cass. n. 4509 del 2016; Cass. n. 29099 del 2019; Cass. n. 31520 del 2019). Le stesse ragioni che hanno spinto questa Corte a rimeditare un risalente orientamento che chiedeva al lavoratore che impugnava il licenziamento l'allegazione dell'esistenza di altri posti nei quali egli potesse essere utilmente ricollocato, ragioni quali (cfr. Cass. n. 5592/2016 cit.) l'inappropriata divaricazione tra oneri di allegazione e prova, l'impossibilità di alterare surrettiziamente l'onere sancito dalla L. n. 604 del 1966, art. 5, il principio di riferibilità o vicinanza della prova di fatti attinenti ad una organizzazione aziendale rispetto alla quale il lavoratore è estraneo, militano nel senso che, anche nella specie, vadano applicati i principi generali che regolano il riparto degli oneri di allegazione e prova nell'adempimento delle obbligazioni così come stabiliti da Cass. SS. UU. n. 13533 del 2001”.

Al fine di non sconfinare in forme di responsabilità oggettiva, per verificare l'adempimento o meno dell'obbligo legislativamente imposto dal D. Lgs. n. 216 del 2003, art. 3, comma 3 *bis*, occorre avere presente il contenuto del comportamento dovuto, così come innanzi definito, che si caratterizza non tanto, in negativo, per il divieto di comportamenti che violano la parità di trattamento, quanto piuttosto per il suo profilo di azione, in positivo, volta alla ricerca di misure organizzative ragionevoli idonee a consentire lo svolgimento di un'attività lavorativa, altrimenti preclusa, a persona con disabilità.

“E in tale prospettiva, l’onere gravante sul datore di lavoro potrà essere assolto mediante la deduzione del compimento di atti o operazioni strumentali rispetto all’avveramento dell’accomodamento ragionevole, che assumano il rango di fatti secondari di tipo indiziario o presuntivo, i quali possano indurre nel giudicante il convincimento che il datore abbia compiuto uno sforzo diligente ed esigibile per trovare una soluzione organizzativa appropriata che scongiurasse il licenziamento, avuto riguardo a ogni circostanza rilevante nel caso concreto. Ovviamente il datore di lavoro potrà anche dimostrare che eventuali soluzioni alternative, pur possibili, fossero prive di ragionevolezza, magari perchè coinvolgenti altri interessi comparativamente preminenti, ovvero fossero sproporzionate o eccessive, a causa dei costi finanziari o di altro tipo ovvero per le dimensioni e le risorse dell’impresa”.

Nel caso portato all’attenzione della Suprema Corte, il datore di lavoro si era limitato ad affermare l’impossibilità del *repêchage* del dipendente inidoneo fisicamente in base ai criteri 'statici' correlati al licenziamento per soppressione di mansioni, rimanendo del tutto sprovveduto di prova gli ulteriori criteri di “accomodamenti ragionevoli” di cui all’art. 3, co. 3 *bis*, del D. Lgs. n. 216 del 2003.

Correttamente la Corte d’Appello aveva, pertanto, rigettato l’appello proposto, motivando la propria decisione alla stregua dei principi di diritto affermati dalla corte di legittimità e, conseguentemente, la sentenza censurata in cassazione è stata confermata, perché corretta ed immune da vizi.

\*\*\*

Si può, dunque, affermare che da ormai vent’anni, a seguito della pronuncia della menzionata sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite n. 7755/1998, il precedente e dominante orientamento che inquadrava l’inidoneità parziale sopravvenuta del lavoratore nel regime codicistico della risoluzione dei contratti sinallagmatici, affermando il primato della intangibilità dell’organizzazione aziendale, è stato rimodulato imponendo al datore, per poter legittimamente procedere a un licenziamento, non solo l’obbligo di verificare la mancanza nel contesto aziendale di altre mansioni, a cui adibire il lavoratore divenuto inidoneo, compatibili con la sua residua capacità lavorativa, ma imponendo un obbligo di matrice comunitaria di adottare accomodamenti ragionevoli, condizionando a monte il potere di recesso che opera in maniera trasversale rispetto all’obbligo di *repêchage*, ponendosi come condizione ulteriore della legittimità del recesso.

Le sentenze commentate si inseriscono a pieno titolo nella ricerca di questo bilanciamento; si deve, pertanto, concludere che il datore di

lavoro sia oggi gravato da uno specifico obbligo di *repêchage* “rafforzato” che impone di garantire il reimpiego del dipendente colpito dalla disabilità adottando ogni necessaria modifica organizzativa ragionevole.

Le sentenze commentate si inseriscono a pieno titolo nella ricerca di questo bilanciamento; si deve, pertanto, concludere che il datore di lavoro sia oggi gravato da uno specifico obbligo di *repêchage* “rafforzato” che impone di garantire il reimpiego del dipendente colpito dalla disabilità adottando ogni necessaria modifica organizzativa ragionevole.

Tale orientamento è stato recentissimamente ribadito dalla Corte di Giustizia CE-UE con statuizione n. C-485/20 resa in data 22 febbraio 2022, in ordine alla domanda di pronuncia pregiudiziale vertente sull’interpretazione dell’articolo 5 della direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro; domanda presentata nell’ambito di una controversia riguardante il licenziamento di lavoratore a causa della sua disabilità.

La Corte, replicati i concetti di disabilità e obbligo dinamico di *repêchage* rafforzato, ha ritenuto applicabile tale *iter* argomentativo anche in ipotesi di tirocinio post-assunzionale, così motivando: “L’articolo 5 della direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, deve essere interpretato nel senso che la nozione di «soluzioni ragionevoli per i disabili», ai sensi di tale articolo, implica che un lavoratore, compreso quello che assolve un tirocinio post-assunzione, il quale, a causa della sua disabilità, sia stato dichiarato inidoneo ad esercitare le funzioni essenziali del posto da lui occupato, sia destinato ad un altro posto per il quale dispone delle competenze, delle capacità e delle disponibilità richieste, a meno che una tale misura non imponga al datore di lavoro un onere sproporzionato”.

-----

## **5. Il regime delle tutele alla luce delle recenti pronunce della Corte costituzionale.**

Il licenziamento intimato al lavoratore per sopravvenuta inidoneità allo svolgimento delle mansioni assegnate è pacificamente riconducibile al licenziamento per giustificato motivo oggettivo ai sensi dell’art. 3 della Legge n. 604 del 1966.

I rimedi sanzionatori apprestati dalla normativa disciplinante la materia, anche antecedentemente agli arresti della giurisprudenza costituzionale da ultimo con le pronunce rese in data 1/04/2021 n. 59 e in data 22/05/2022 n. 125, rispondono al regime giuridico *ratione temporis* applicabile al rapporto di lavoro risolto illegittimamente.

Il recesso intimato al lavoratore il cui rapporto sia sorto in data antecedente il 7 marzo del 2015 risulta disciplinato dall'art. 18, co. 7, della l. 300/70, come modificato dalla L. n. 92/2012 (legge Fornero), che, nella versione antecedente l'intervento del giudice delle leggi, così recitava:

<<Il giudice applica la medesima disciplina di cui al quarto comma del presente articolo nell'ipotesi in cui accerti il difetto di giustificazione del licenziamento intimato, anche ai sensi degli articoli 4, comma 4, e 10, comma 3, della legge 12 marzo 1999, n. 68, per motivo oggettivo consistente nell'inidoneità fisica o psichica del lavoratore, ovvero che il licenziamento è stato intimato in violazione dell'articolo 2110, secondo comma, del Codice civile. Può altresì applicare la predetta disciplina nell'ipotesi in cui accerti la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo; nelle altre ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del predetto giustificato motivo, il giudice applica la disciplina di cui al quinto comma. In tale ultimo caso il giudice, ai fini della determinazione dell'indennità tra il minimo e il massimo previsti, tiene conto, oltre ai criteri di cui al quinto comma, delle iniziative assunte dal lavoratore per la ricerca di una nuova occupazione e del comportamento delle parti nell'ambito della procedura di cui all'articolo 7 della legge 15 luglio 1966, n. 604, e successive modificazioni. Qualora, nel corso del giudizio, sulla base della domanda formulata dal lavoratore, il licenziamento risulti determinato da ragioni discriminatorie o disciplinari, trovano applicazione le relative tutele previste dal presente articolo>>.

Dunque, dal tenore letterale della norma deriva che l'art. 18 cit., co. 7, introdotto dalla L. n. 92 del 2012, primo cpv., prevedeva e prevede espressamente la reintegrazione nel posto di lavoro nell'ipotesi in cui venga accertato il difetto di giustificazione del licenziamento intimato per motivo oggettivo consistente nell'inidoneità fisica o psichica del lavoratore, senza attribuzione al giudice di discrezionalità alcuna (sul punto la giurisprudenza di legittimità è conforme e granitica: Cass. n. 19774/16 n. 18020/17; n. 32158/18 n. 26675/18 e da ultimo, n. 9158 del 21/03/2022).

In ipotesi, invece, di recesso per gmo motivato da ragioni economiche, la verifica del requisito della "insussistenza del fatto posto

a base del licenziamento” concerne entrambi i presupposti di legittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo e, quindi, sia le ragioni inerenti all’attività produttiva, l’organizzazione del lavoro e il regolare funzionamento di essa, sia l’impossibilità di ricollocare altrove il lavoratore (e quindi l’obbligo di *repêchage*).

Non par dubbio, poi, che un licenziamento per motivo oggettivo in violazione dell’obbligo datoriale di adibire il lavoratore ad alternative possibili mansioni, cui lo stesso sia idoneo e compatibili con il suo stato di salute, sia qualificabile come ingiustificato.

Tale interpretazione appare confermata dal principio ripetutamente affermato dalla Suprema Corte, sebbene propriamente afferente al licenziamento per motivi economici, secondo cui, a fronte della espressione lessicale utilizzata dal legislatore nell’art. 18, co. 7, il termine “fatto”, sganciato da richiami diretti ed espliciti alle “ragioni” connesse con l’organizzazione del lavoro o l’attività produttiva previste dalla L. n. 604 del 1966, art. 3 “deve intendersi effettuato alla nozione complessiva di giustificato motivo oggettivo così come elaborata dalla giurisprudenza consolidata”; pertanto anche la carenza di uno dei due presupposti - e, quindi, pure la sola “impossibilità di una diversa utilizzazione del lavoratore licenziato in mansioni diverse” - può (poteva) determinare la sanzione reintegratoria di cui all’art. 18 novellato, co. 4 (Cass. n. 10435/18).

Rappresenterebbe “una grave aporia sistematica ritenere che la violazione dell’obbligo di *repêchage* possa determinare una tutela reintegratoria nel caso di licenziamento per motivi economici e precluderla invece nel caso di lavoratore affetto da inidoneità fisica o psichica”, come statuito, in maniera del tutto condivisibile, dai giudici di legittimità (così testualmente, Cass., 22/10/2018, n. 26675).

Tanto contrasterebbe anche con la peculiare tutela riconosciuta dal diritto dell’Unione Europea ai lavoratori con disabilità atteso che la direttiva n. 78/2000/CE del 27 novembre 2000 sulla parità di trattamento in materia di occupazione, “comprese le condizioni di licenziamento”, protegge all’art. 1 il fattore soggettivo dell’“handicap”.

E’ noto, tuttavia, essere stato l’art. 18, co. 7, secondo periodo, dello Statuto dei lavoratori – nel testo modificato dalla Riforma Fornero – dichiarato incostituzionale dal giudice delle leggi, con la pronuncia del 1° aprile 2021 n. 59, con riferimento all’art. 3 Cost., nella parte in cui prevede che <<il Giudice, una volta accertata la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, “può altresì applicare”, invece che “applica altresì” la tutela reintegratoria>>.

Ciò in quanto vi sarebbe una violazione del principio di eguaglianza e ne conseguirebbero ingiustificate disparità di trattamento.

Medesimo principio costituzionale (art. 3 Cost.) posto alla base della seconda pronuncia resa dalla Corte costituzionale in data 22 maggio 2022, n. 125, correttiva del medesimo co. 7, secondo periodo, dell'art. 18, con la quale è stata dichiarata incostituzionale, per irragionevolezza in violazione dell'art. 3 Cost., la previsione del requisito aggiuntivo della “manifesta” insussistenza riferita al fatto, perché: 1) è concetto indefinito, prestandosi a incertezze applicative; 2) non ha alcuna attinenza col disvalore del licenziamento intimato, che non dipende dalla maggiore facilità dell'accertamento giudiziario; 3) risulta eccentrico rispetto all'apparato delle tutele in materia, incentrato sulla diversa gravità dei vizi del licenziamento; 4) appesantisce inutilmente il processo, a causa della sua vaghezza e incoerenza.

La “manifesta insussistenza” prima richiesta dalla norma in esame, era declinata dalla giurisprudenza come evidente, e facilmente verificabile sul piano probatorio, a fronte della quale il giudice “poteva” applicare la disciplina di cui al medesimo art. 18, co. 4, ove tale regime sanzionatorio non fosse eccessivamente oneroso per il datore di lavoro (Cass. n. 10435/2018).

A seguito dei due citati interventi ad opera del giudice delle leggi, può ritenersi superata la differente tutela apprestata dall'ordinamento giuridico in favore del lavoratore illegittimamente licenziamento per motivo oggettivo in difetto della inidoneità fisica o psichica, il quale gode della tutela reintegratoria non essendo spendibile da parte del giudice alcuna facoltà (co. 7: <<Il giudice applica la medesima disciplina di cui al quarto comma del presente articolo nell'ipotesi in cui accerti il difetto di giustificazione del licenziamento intimato, anche ai sensi degli articoli 4, comma 4, e 10, comma 3, della legge 12 marzo 1999, n. 68, per motivo oggettivo consistente nell'inidoneità fisica o psichica del lavoratore...>>) ed in favore del lavoratore illegittimamente licenziato per motivi economici in ipotesi di accertata insussistenza del fatto, la cui tutela reintegratoria risultava filtrata dall'esercizio di un potere discrezionale del giudice, oggi non più esercitabile, con la conseguenza che ove il giudice “accerti la insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo”, egli “deve” (e non più “può”) applicare la tutela cd. reintegratoria attenuata.

\*\*\*

A diverse e più problematiche conseguenze conduce l'analisi delle tutele applicabili in regime di cd. Jobs Act, quindi in ipotesi di

licenziamento intimato a lavoratori assunti in data successiva al 7 marzo 2015.

In una prima bozza del testo del D. Lgs. n. 23/2015, la fattispecie era soggetta alla medesima tutela prevista dalla legge Fornero, ma su suggerimento della Commissione Lavoro del Senato è stata trasferita *sub* art. 2, co. 4, perché inerente alla materia discriminatoria.

Al termine “inidoneità” è poi subentrato quello di “disabilità”.

L’art. 2, co. 4, sanziona con il regime della nullità le ipotesi in cui <<il giudice accerta il difetto di giustificazione per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore, anche ai sensi degli articoli 4, comma 4, e 10, comma 3, della legge 12 marzo 1999, n. 68>>, prevedendo – quindi – la reintegrazione nel posto di lavoro e la corresponsione di indennità pari alle retribuzioni dovute dal giorno del licenziamento alla effettiva reintegrazione (con un minimo di 5 mensilità), cui segue il diritto ad ottenere la piena contribuzione (cd. tutela reintegratoria piena).

Emergono, dunque, già dalla mera lettura delle norme in esame diverse discrasie.

La prima è relativa all’utilizzo dei termini “inidoneità” fisica o psichica del lavoratore nello Statuto dei Lavoratori e “disabilità” fisica o psichica” nel Decreto Jobs Act, che tuttavia parrebbe superabile in ragione dell’espresso richiamo, in entrambe, alla L. n. 68/1999.

Si ritengono, pertanto, senz’altro condivisibili gli indirizzi interpretativi che guardano alla “disabilità” del Jobs Act in senso atecnico, e quindi come sinonimo di inidoneità, di sopravvenuta non idoneità allo svolgimento delle attività caratterizzanti la mansione di assegnazione e, più in generale, del lavoro.

E’ questa, d’altronde, una prospettiva che pare più coerente con il concetto di disabilità definito a livello comunitario, inteso “nel senso che si riferisce ad una limitazione risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche durature che, in interazione con barriere di diversa natura, possono ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori” (Corte di Giustizia, 4 luglio 2013, causa C-312/2011).

Risulta differente, altresì, il regime sanzionatorio imposto dal legislatore nel Decreto Jobs Act, che risulta tipizzato ed accumulato (non identificato) alle ipotesi del discriminatorio e, quindi, a prescindere dalla motivazione addotta, darebbe luogo all’applicazione l’art. 2, co. 4, D. Lgs. n. 23/2015, che rimanda al co. 1:

<<Il giudice, con la pronuncia con la quale dichiara la nullità del licenziamento perché discriminatorio a norma dell’articolo 15 della

legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni, ovvero perché riconducibile agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge, ordina al datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, indipendentemente dal motivo formalmente addotto.

2. Con la pronuncia di cui al comma 1, il giudice condanna altresì il datore di lavoro al risarcimento del danno subito dal lavoratore per il licenziamento di cui sia stata accertata la nullità e l'inefficacia, stabilendo a tal fine un'indennità commisurata all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, corrispondente al periodo dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative. In ogni caso la misura del risarcimento non potrà essere inferiore a cinque mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto. Il datore di lavoro è condannato, altresì, per il medesimo periodo, al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali>>.

Si assiste, dunque, con il D. Lgs. n. 23/2015 ad una decisa controtendenza rispetto al generale allentamento delle tutele del lavoratore licenziato, un aggravamento delle sanzioni a carico del datore di lavoro che licenzia illegittimamente un disabile.

L'art. 2 prevede, infatti, l'applicazione della tutela reale piena, a prescindere dal numero di dipendenti occupati, nell'ipotesi in cui il giudice accerti il difetto di giustificazione per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore.

Il dettato normativo induce, tuttavia, a plurime riflessioni e interrogativi.

Occorre domandarsi quale tutela risulti applicabile nell'ipotesi in cui il datore di lavoro motivi il licenziamento sull'inidoneità sopravvenuta, recependo per esempio il giudizio della Commissione Medica, e poi in sede di consulenza tecnica tale inidoneità risulti smentita.

In tale ipotesi il richiamo all'art. 2, co. 4, D. Lgs. n. 23/15 parrebbe chiaro, tutela reintegratoria piena perché il recesso è motivato dalla disabilità.

Più incerta appare la tutela applicabile qualora il datore di lavoro ponga alla base del licenziamento la sussistenza del gmo, deducendo che a seguito della accertata inidoneità sopravvenuta e nonostante gli accomodamenti ragionevoli la prestazione risulti inutilizzabile, e successivamente si accerti in sede giudiziaria l'omesso compiuto assolvimento all'onere probatorio, posto a carico del datore di lavoro,

in ordine agli ‘accorgimenti ragionevoli’, che invece ben avrebbero potuto azionarsi, ovvero si accerti il mancato assolvimento all’obbligo di ripescaggio ordinario, con il venir meno del giustificato motivo oggettivo.

Parte della giurisprudenza di merito propende in tal caso per la tutela meramente indennitaria, non prevedendo il D. Lgs. n. 25 del 2015 alcuna tutela reintegratoria in ipotesi di illegittimità per insussistenza del gmo.

Altra parte della giurisprudenza di merito ritiene che in tal caso sia ravvisabile comunque una discriminazione, con applicazione dell’art. 2, co. 4, quindi regime della nullità e tutela reintegratoria piena, facendo leva sulla particolare esigenza di tutela del lavoratore disabile e sul radicamento degli obblighi nella normativa antidiscriminatoria di fonte sovranazionale; il rifiuto cioè di un accomodamento ragionevole integra una discriminazione diretta fondata sull’*handicap* in base alla Direttiva Comunitaria.

La conclusione è nel senso che l’inadempimento all’obbligo di attuare accomodamenti ragionevoli, già inteso dalla Suprema Corte come condizione di legittimità del licenziamento del lavoratore disabile, integrerebbe “il difetto di giustificazione” del recesso, cui si riferiscono sia la L. n. 300 del 1970, art. 18, co. 7, novellato, sia il D. Lgs. n. 23 del 2015, art. 2, riconoscendo la tutela reintegratoria, sebbene diversificata.

A fronte di tale ricostruzione, in termini di riqualificazione dell’atto come “discriminatorio”, potrebbe riposizionarsi, ancora una volta, il regime della ripartizione degli oneri probatori, essendo notoriamente a carico del lavoratore la prova del fatto discriminante.

La Suprema Corte non ha affrontato questo tema in quanto, anche nella più recente sentenza in commento (n. 6467/21), non rientrava per ragioni processuali nel *thema decidendum*.

-----

## **6. Il licenziamento per inidoneità alla mansione e normativa emergenziale correlata alla pandemia Covid-19.**

Il recesso per sopravvenuta impossibilità della prestazione derivante da inidoneità fisica integra gli estremi del giustificato motivo oggettivo di licenziamento; v’è da chiedersi, pertanto, quanto impatta tale tipologia di recesso – a seguito della lettura dell’istituto nella logica degli accomodamenti ragionevoli che incidono sul potere organizzativo e gestionale del datore di lavoro – con la nuova normativa emergenziale scaturita dalla pandemia da Covid-19, che impone il blocco dei

licenziamenti ai sensi dell'art. 46 del D.L. n. 18/20 (cd. Decreto Cura Italia), convertito in L. n. 27/2020, e succ. integrazioni.

Il divieto generalizzato di licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo è stato, dalla disposizione dianzi indicata, introdotto inizialmente fino alla data del 17 maggio 2020.

E' stato prorogato una prima volta con il Decreto Rilancio (D.L. n. 34/2020) fino alla data del 17 agosto 2020; nuovamente prorogato con l'art. 14 del Decreto Rilancio 2 (D.L. n. 104/20) che consente di intimare licenziamenti per giustificato motivo oggettivo solo dopo aver concluso il periodo di godimento degli ammortizzatori sociali previsti dall'art. 1 del Decreto o soltanto dopo aver fruito dell'agevolazione contributiva prevista dall'art. 3 del D.L. n.104/2020.

Si trattava quindi di 1) una scadenza "mobile", correlata alla integrale fruizione degli ammortizzatori sociali e delle agevolazioni contributive riconosciute in favore del datore di lavoro in relazione all'emergenza epidemiologica da Covid-19, e di 2) una tutela temporanea della stabilità dei rapporti, per salvaguardare la stabilità del mercato e del sistema economico.

La scadenza è stata, ancora, prorogata al 31 gennaio 2021 dall'art. 12, co. 9 e ss., del D.L. n. 137/20 (Decreto Ristori), superando così il meccanismo della "scadenza mobile" introdotto dal precedente decreto, che aveva creato problemi applicativi in quanto correlava il divieto di licenziamento alla fruizione dell'ammortizzatore o degli sgravi, ed infine, l'ultima proroga è stata prevista fino al 31 marzo 2021 con legge di Bilancio 2021.

Infine, con il nuovo Decreto Sostegni (D.L. n. 41/2021) è arrivata l'ennesima proroga del blocco dei licenziamenti individuali per motivi economici e collettivi fino al 30 giugno 2021, con scivolamento al 31 ottobre 2021 per le aziende beneficiarie dei trattamenti di integrazione salariale a far data dal 1° aprile 2021.

Restano confermate dalla legge di Bilancio per il 2021 le deroghe al divieto di licenziamento, sia collettivo che individuale, collegate a) ai cambi di appalto, quando cioè il personale sia riassunto a seguito di subentro di nuovo appaltatore e b) quelle collegate con la cessazione definitiva dell'attività dell'impresa conseguenti alla messa in liquidazione della società senza continuazione, nemmeno parziale, dell'attività stessa, nonché c) nei casi di fallimento, quando non sia previsto l'esercizio provvisorio dell'impresa, ovvero ne sia disposta la sua cessazione.

In prossimità della "scadenza" del 30 giugno 2021, il D.L. n. 73/21 (cd. Decreto Sostegni bis) ha poi previsto (all'art. 40 commi 3 e 4), per le imprese rientranti nel campo di applicazione delle integrazioni

salariali ordinarie e straordinarie disciplinate dal D. Lgs. n. 148/2015 (agli artt. 10 e 20), la possibilità, fino al 31 dicembre 2021, di ricorrere agli ammortizzatori ordinari e straordinari senza il pagamento di alcun contributo addizionale.

Ai datori di lavoro che presentano la richiesta di integrazione salariale ai sensi di tali disposizioni (anche per una sola unità produttiva, ove si tratti di imprese “plurilocalizzate”) è precluso, per la durata del trattamento di integrazione salariale e fino al 31 dicembre, l’avvio di procedure collettive di riduzione di personale e la intimazione di licenziamenti per giustificato motivo oggettivo ai sensi dell’art. 3 della legge n. 604/1966.

I licenziamenti, individuali e collettivi, sono preclusi altresì alle imprese che, avendo subito nel primo semestre del 2021 un calo di fatturato del 50% rispetto al primo semestre del 2019, facciano ricorso al contratto di solidarietà difensivo “agevolato” previsto dal Decreto (senza pagamento di alcuna addizionale e con possibilità di una maggiore riduzione d’orario rispetto alle previsioni “ordinarie”).

Il “blocco” dei licenziamenti viene esteso al 31 dicembre 2021, inoltre, per le imprese dei settori turismo, stabilimenti termali e commercio che richiedano il beneficio dell’esonero contributivo nei termini e con le modalità stabilite nel decreto.

Alle scadenze indicate, salvo nuovi interventi governativi, tornerà quindi operante il regime dei licenziamenti in vigore in epoca pre-Covid; le aziende potranno dunque procedere a licenziamenti individuali e collettivi per giustificato motivo oggettivo, ossia per cause inerenti all’attività produttiva, l’organizzazione del lavoro e il suo regolare funzionamento.

Oggi, dunque, la disciplina in materia di blocco dei recessi non è più vigente e l’analisi assume più un valore di ricognizione storica che di interpretazione delle regole vigenti.

\*\*\*

Dal carattere imperativo e di ordine pubblico della disciplina del blocco dei licenziamenti conseguirebbe la nullità dei licenziamenti adottati in contrasto con la regola, con una sanzione ripristinatoria sia ai sensi dell’art. 18, co. 1, L. n. 300/1970 che ai sensi dell’art. 2 D. Lgs. n. 23/2015 (derivando la nullità ‘espressamente’ dall’art. 1418 c.c.).

Integrando il recesso per inidoneità fisica sopravvenuta un motivo oggettivo di licenziamento, si è discusso se rientri o meno nell’ambito della moratoria stabilita dalla normativa emergenziale scaturita dalla pandemia da Covid-19.

Il licenziamento qui in esame non ha certamente natura di licenziamento economico in senso stretto e, soprattutto, occasionato dai

fatti di questo periodo, fatti che impediscono, sebbene temporaneamente, il recesso unilaterale dal rapporto di lavoro del datore a motivo della soppressione del posto di lavoro ovvero di un ridimensionamento dell'azienda come conseguenza alle misure restrittive adottate dal Governo per fronteggiare l'epidemia in corso.

Anche in questa lettura e valutazione vengono in rilievo tutti i delicati problemi di un corretto bilanciamento degli interessi in gioco, per non comprimere eccessivamente il potere datoriale di cui all'art. 41 Cost.

Invero, con il blocco annuale dei licenziamenti il legislatore ha di fatto attribuito a sé la valutazione dell'opportunità o meno di continuare una determinata attività economica e, quindi, ha avocato a sé la scelta insindacabile di adottare o meno specifiche decisioni (ad es. di cessare una attività e/o di ridurre il personale etc.) che competono invece unicamente all'imprenditore.

La giurisprudenza in materia di licenziamento per motivi economici lo afferma da anni, a prescindere, peraltro, dalla ricorrenza di situazioni economiche sfavorevoli (v. da ultimo, Cass. n. 1514/2021).

Non sono sindacabili dal giudice i profili di congruità e di opportunità di una determinata decisione datoriale.

E, peraltro, è questo lo spirito della previsione normativa del licenziamento per motivi economici (art. 3 L. n. 604/1966).

Al fine di risolvere il quesito originario, in ordine alla inclusione nel blocco dei licenziamenti anche della fattispecie in esame, del recesso cioè per sopravvenuta inidoneità alle mansioni, è d'obbligo scorrere il testo del D.L. 18 del 17.3.2020 (convertito con modificazioni dalla L. 24 aprile 2020, n. 27), che all'art. 46 prevede un blocco dei licenziamenti per giustificato motivo oggettivo e così dispone:

<<1. A decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto l'avvio delle procedure di cui agli articoli 4, 5 e 24, della legge 23 luglio 1991, n. 223 è precluso per cinque mesi e nel medesimo periodo sono sospese le procedure pendenti avviate successivamente alla data del 23 febbraio 2020, fatte salve le ipotesi in cui il personale interessato dal recesso, già impiegato nell'appalto, sia riassunto a seguito di subentro di nuovo appaltatore in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro o di clausola del contratto d'appalto. Sino alla scadenza del suddetto termine, il datore di lavoro, indipendentemente dal numero dei dipendenti, non può recedere dal contratto per giustificato motivo oggettivo ai sensi dell'articolo 3, della legge 15 luglio 1966, n. 604. Sono altresì sospese le procedure di licenziamento per giustificato motivo oggettivo in corso di cui all'articolo 7 della legge 15 luglio 1966, n. 604>>.

Dall'esame di tale disposizione si può ragionevolmente desumere che nell'ambito applicativo del blocco dei licenziamenti per gmo di cui all'art. 46 rientrano anche i licenziamenti per sopravvenuta inabilità, sia perché trattasi indubbiamente di licenziamenti oggettivi di cui all'art. 3 della L. n. 604/1966, sia perché varrebbero le medesime ragioni di tutela economica e sociale che stanno alla base di tutte le altre ipotesi di licenziamento per gmo che la normativa emergenziale ha inteso espressamente impedire (<<art. 1: Ritenuta la straordinaria necessità e urgenza di contenere gli effetti negativi che l'emergenza epidemiologica COVID-19 sta producendo sul tessuto socio-economico nazionale, prevedendo misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale, della protezione civile e della sicurezza, nonché di sostegno al mondo del lavoro pubblico e privato ed a favore delle famiglie e delle imprese...>>).

Pertanto, solo all'esito del superamento della crisi potrà esservi una attuale e concreta scelta, da parte dell'imprenditore, in ordine alla possibilità di utilizzo, ripescaggio, del lavoratore divenuto inabile a seguito della riorganizzazione aziendale.

Conseguentemente, tale tipologia di licenziamento dovrebbe rientrare appieno nel blocco dei licenziamenti per gmo di cui all'art. 46 del D.L. n. 18 del 2020.

Si tratta di un criterio ermeneutico che è stato condiviso già in passato dall'Ispettorato Nazionale del Lavoro (INL) nella nota n. 298 del 24 giugno 2020, che asserisce che anche l'ipotesi del licenziamento per sopravvenuta inidoneità alla mansione deve ritenersi ricompresa tra le fattispecie del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, ai sensi dell'art. 3 della legge n. 604/1966, in considerazione del fatto che l'inidoneità sopravvenuta alla mansione impone al datore di lavoro la verifica in ordine alla possibilità di ricollocare il lavoratore in attività diverse riconducibili a mansioni equivalenti o inferiori, anche attraverso un adeguamento dell'organizzazione aziendale, con la conseguenza che ad esso si applica la disciplina sul blocco dei licenziamenti.

Quanto alle conseguenze sanzionatorie derivanti dalla violazione del regime della moratoria dei licenziamenti, dovrebbero rientrare nell'ipotesi della nullità per violazione di una norma imperativa di cui all'art. 1418 c.c.: <<Il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente>>.

Il rimedio va individuato nell'art. 2, co. 1, del D. Lgs. n. 23/2015 che prevede la massima sanzione, reintegrazione nel posto di lavoro e tutela risarcitoria integrale, in relazione ai casi di <<nullità del licenziamento perché discriminatorio a norma dell'articolo 15 della

legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni, ovvero perché riconducibile agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge>>, dovendosi fare riferimento al dato testuale codicistico sopra riportato e che vale a qualificare espressamente nullo il contratto (qui il licenziamento in forza del richiamo di cui all'art. 1324 c.c.) contrario a norme imperative (qual è la disposizione sopra esaminata).

Nell'ottica dell'art. 2 non rilevano le dimensioni dell'impresa, la tutela è dunque la medesima, e lo si rinviene anche dall'art. 46 laddove precisa che il blocco dei licenziamenti per gmo opera <<indipendentemente dal numero dei dipendenti>>.

Sulla questione ha avuto modo di esprimersi la giurisprudenza di merito, e segnatamente Tribunale di Ravenna (Giud. Bernardi) con statuizione resa in data 7 gennaio 2021, n. 578, che ha ritenuto: che il licenziamento per inidoneità fisica sopravvenuta, non rientrando nell'alternativa categoria del licenziamento disciplinare, debba per esclusione ricondursi ad un'ipotesi di licenziamento per motivo oggettivo; che a tale tipologia è riferito il c.d blocco dei licenziamenti, da estendere quindi al recesso per sopravvenuta inidoneità alla mansione, anche *“perché, in concreto, per tale licenziamento valgono le stesse ragioni di tutela economica e sociale”*; che anche per il lavoratore divenuto inidoneo alla mansione è necessaria l'adozione di misure organizzative da parte del datore di lavoro, il quale ai sensi del T.U. Sicurezza (art. 42, D.lgs. n. 81/2008), è tenuto a verificare la possibilità di ricollocare il lavoratore a mansioni diverse, anche inferiori; che solo all'esito del superamento della crisi il datore di lavoro potrà effettivamente verificare la possibilità di ricollocare il lavoratore all'interno della propria organizzazione d'impresa; che, infine, la legge non prevede alcuna *“prova di resistenza”*, dovendosi quindi concludere che ogni valutazione in merito all'inoccupabilità del lavoratore sia già stata compiuta ed esaurita dal legislatore.

Il Tribunale di Ravenna ha concluso per la nullità del licenziamento per violazione di norma imperativa, con conseguente applicazione della tutela reale prevista dall'art. 2, co. 1, del D. Lgs. n. 23/2015, quindi reintegrazione e pagamento di tutte le retribuzioni non percepite fino all'effettivo ritorno in servizio a favore del lavoratore.

Ad analoghe conclusioni giunge il Tribunale di Rieti (Giud. Carrano) con la statuizione resa in data 8 giugno 2021 (causa n. 576/2020 R.g.), che, richiamando il precedente specifico dianzi riportato, afferma: *“Con specifico riferimento, poi, alla questione oggetto del presente giudizio, deve ritenersi che il licenziamento in questione rientri senz'altro nell'ambito di applicazione del divieto di licenziamento di cui all'art. 46, D.L. n. 18/2020, non solo per la sua*

formale qualifica in termini di giustificato motivo oggettivo, ma anche perché l'inclusione di tale tipologia di recesso nell'ambito del divieto si giustifica in base alla stessa esigenza di tutela sottesa alla norma in questione", con le conseguenze sanzionatorie derivanti alla nullità del recesso, dunque applicazione della tutela reintegratoria e risarcitoria piena di cui all'art. 2, D. Lgs 4 marzo 2015, n. 23.

Non constano allo stato ulteriori pronunce di merito.

Potrebbe solo aggiungersi la riflessione mossa da alcuni studiosi (Cavallaro L., "*Sulle conseguenze del licenziamento intimato "blocco durante"*") secondo cui non sarebbe affatto scontata la lettura, come conseguenza della violazione del divieto di licenziamento intimato "blocco durante", della nullità del recesso, potendo configurarsi una temporanea inefficacia, destinata a venir meno alla scadenza del blocco, con implicazioni evidentemente assai differenti, perché accedendo alla ipotesi della nullità, il licenziamento deve ritenersi inidoneo a risolvere il rapporto di lavoro e il datore di lavoro, per recedere validamente dal contratto, dovrà necessariamente intimarne un altro, ovviamente dopo la scadenza del blocco; accedendo alla diversa prospettazione della mera inefficacia durante la moratoria, una nuova manifestazione di volontà datoriale non sarebbe necessaria e sarebbe soltanto l'effetto risolutivo del rapporto ad essere differito alla scadenza del termine di vigenza del blocco, più o meno come accade per il licenziamento intimato con preavviso.

La soluzione suggerita è l'applicazione analogica del principio espresso dalla Corte di Cassazione, Sez. Un. 22/05/2018, n. 125687, risolutivo in ordine alla sorte del licenziamento intimato durante il periodo di comporto, rispetto alla quale sussistevano due distinti orientamenti, il primo (e più risalente) dei quali sosteneva che l'inosservanza del divieto di licenziamento del lavoratore in malattia non determinava di per sé la nullità della dichiarazione di recesso del datore di lavoro, ma implicava, in applicazione del principio della conservazione degli atti giuridici (art. 1367 c.c.), la temporanea inefficacia del recesso stesso fino alla scadenza della situazione ostativa, mentre l'altro (e più recente) propendeva per la radicale nullità del recesso, per violazione della norma imperativa di cui all'art. 2110 c.c.

Il contrasto è stato risolto con la statuizione citata che ha dato seguito alla tesi della nullità, prendendo le mosse da un rilievo preliminare e condivisibile, e cioè: "ammettere come valido (sebbene momentaneamente inefficace) il licenziamento intimato ancor prima che le assenze del lavoratore abbiano esaurito il periodo massimo di comporto significherebbe consentire un licenziamento che, all'atto

della sua intimazione, è ancora sprovvisto di giusta causa o giustificato motivo e non è sussumibile in altra autonoma fattispecie legittimante. Si tratterebbe, quindi, d'un licenziamento sostanzialmente acausale (nell'accezione giuslavoristica del termine) disposto al di fuori delle ipotesi residue previste dall'ordinamento (lavoratori in prova, dipendenti domestici, dirigenti, lavoratori ultrasessantenni in possesso dei requisiti per la pensione di vecchiaia)".

E nemmeno potrebbe giustificarsi "l'opzione ermeneutica della mera inefficacia adducendo che, ad ogni modo, la fattispecie legittimante il recesso (vale a dire il superamento del periodo di comporto) si potrebbe realizzare successivamente: a ciò è agevole obiettare che i requisiti di validità del negozio vanno valutati al momento in cui viene posto in essere [...] e non già al momento della produzione degli effetti".

-----

## **7. Il divieto del licenziamento dei cd. *lavoratori fragili* ai sensi del D.L. 19.05.2020 n. 34, conv., con modif., dalla L. 17.07.2020 n. 77.**

Giova evidenziare che la moratoria dei licenziamenti per gmo dianzi richiamata a grandi linee, con effetto inclusivo del recesso intimato per sopravvenuta inidoneità fisica alla mansione, non risulta affatto esclusa dalla specifica, e successiva, disciplina dettata a tutela dei *cd. lavoratori fragili*, di cui all'art. 83 (Sorveglianza Sanitaria) del D.L. 19.05.2020 n. 34, convertito con modificazioni dalla L. 17.07.2020 n. 77.

Con il termine lavoratori fragili (comma 1, art. 83) si fa riferimento ai <<lavoratori maggiormente esposti a rischio di contagio, in ragione dell'età o della condizione di rischio derivante da immunodepressione, anche da patologia Covid-19, o da esiti di patologie oncologiche o dallo svolgimento di terapie salvavita o comunque da comorbilità che possono caratterizzare una maggiore rischiosità>>, rispetto ai quali i datori di lavoro sono tenuti ad assicurare una sorveglianza sanitaria eccezionale.

Più in particolare, sono ritenuti "fragili" quei lavoratori – dipendenti sia di amministrazioni pubbliche, sia di datori di lavoro privati – i quali, in ragione di particolari patologie o malattie croniche di cui soffrono, sono: a) maggiormente esposti al rischio di contagio del *virus* nei luoghi di lavoro oppure b) maggiormente esposti, nel caso in cui

contraessero il Covid-19, al rischio che il decorso della malattia abbia un esito grave e potenzialmente infausto.

L'art. 83 cit., co. 3, prevede espressamente che: <<L'inidoneità alla mansione accertata ai sensi del presente articolo non può in ogni caso giustificare il recesso del datore di lavoro dal contratto di lavoro>>, imponendo uno specifico divieto di licenziamento dovuto alla inidoneità alla mansione <<accertata ai sensi del presente articolo>>, ossia, con specifico riferimento a tale categoria di lavoratori.

Il legislatore, dunque, da un lato, con l'art. 83 del D.L. n. 34/2020 ha disposto l'obbligo, in capo ai datori di lavoro pubblici e privati, di assicurare la sorveglianza sanitaria eccezionale dei lavoratori maggiormente esposti a rischio di contagio; dall'altro lato, invece, con l'art. 26, co. 2 *bis*, del D.L. 17.03.2020 n. 18 (convertito con modificazioni dalla L. 24.04.2020 n. 27), ha sancito il diritto dei lavoratori fragili di svolgere di norma la propria prestazione in regime di *smart-working*, anche attraverso l'adibizione a diversa mansione ricompresa nella medesima categoria o area di inquadramento o lo svolgimento di specifiche attività di formazione professionale da remoto.

Tali specifiche disposizioni normative non possono pertanto essere richiamate al fine di sostenere l'esclusione dei licenziamenti per sopravvenuta inidoneità alla mansione dall'ambito di applicazione dell'art. 46, D.L. n. 18/2020 (e cioè dal cd. "blocco dei licenziamenti"), in quanto il successivo D.L. n. 34/2020, dettato a tutela di una particolare categoria di lavoratori è, all'opposto, finalizzato ad ampliare il divieto di recesso datoriale ad ipotesi peculiari (soggetti con maggiori esposizioni a rischio contagio), non anche a restringerlo.

Peraltro, entrambe le misure – la prima per espressa previsione del medesimo art. 83 del D.L. 34/2020 e la seconda per la proroga intervenuta ad opera dell'art. 17 del D.L. 221/2021 – avevano una durata limitata sino al termine del periodo di emergenza, coincidente con la data del 31.03.2022, con esclusione, quindi, del diritto dei lavoratori fragili allo *smart-working* a far data dal 01.04.2022.

E' stata prevista, invece, dall'art. 10 del D.L. 24.03.2022 n. 24 (che ha prorogato solo alcuni dei termini correlati alla pandemia da Covid-19), la proroga della sorveglianza sanitaria dei lavoratori maggiormente esposti a rischio di contagio sino al 30.06.2022.

L'attività di sorveglianza sanitaria eccezionale si sostanzia in una visita medica sui lavoratori interessati, in quanto affetti da patologie preesistenti che potrebbero determinare, in caso di infezione, un esito più grave o infausto.

Per i datori di lavoro che non sono tenuti, ai sensi dell'art. 18, co. 1 lett. a), D. Lgs n. 81/2008, alla nomina di un medico competente, la sorveglianza eccezionale può essere richiesta ai servizi territoriali dell'INAIL che vi provvedono con i propri medici del lavoro.

All'esito della valutazione della condizione di fragilità, il medico esprimerà il giudizio di idoneità fornendo, in via prioritaria, indicazioni per l'adozione di soluzioni maggiormente cautelative per la salute del lavoratore o della lavoratrice per fronteggiare il rischio da SARS-CoV-2 riservando il giudizio di non idoneità temporanea solo ai casi che non consentano soluzioni alternative.

Attualmente, dunque, è il medico competente (e in caso di reclamo l'organo di vigilanza ai sensi dell'art. 41, co. 9, del D. Lgs n. 81/2008) che dovrà accertare la permanenza della condizione di fragilità e la necessità di adibire, fino al 30.06.2022, il dipendente al lavoro agile ovvero la possibilità di disporre il rientro in azienda.

Certamente la campagna vaccinale in corso incentiva, per alcuni lavoratori fragili, la possibilità di rientro sul posto di lavoro, mentre per altri, le cui fragilità risultino incompatibili con la somministrazione del vaccino con benefici dunque rinvenibili soltanto a campagna vaccinale terminata (cd. immunità di gregge), rimane la possibilità di trovare, da parte del datore di lavoro, soluzioni organizzative che permettano il rientro in servizio ma riducendo al minimo i rischi.

Ed allora anche in tale ipotesi andrà, con tutta probabilità, valutato il ruolo degli "accomodamenti ragionevoli" di cui all'art. 5 della Direttiva Europea 2000/78/CE.

-----

## **8. Il Licenziamento per sopravvenuta inidoneità nel pubblico impiego contrattualizzato.**

Pur essendo il quadro normativo, disciplinante l'istituto del recesso intimato al dipendente pubblico divenuto inidoneo alla mansione, in parte differente rispetto alla disciplina del regime privatistico, la conclusione cui si perviene, in termini di tutela dell'inidoneo, è la medesima.

L'art. 55 *octies*, comma 1, del D. Lgs 30.3.2001 n. 165 (cd. TUPI) prevede che <<Nel caso di accertata permanente inidoneità psicofisica al servizio dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche, di cui all'articolo 2, comma 2, l'amministrazione può risolvere il rapporto di lavoro>>.

Rimanda poi ad un Regolamento da emanarsi, ai sensi della L. n. 400 del 1988, la disciplina della procedura da adottarsi.

Tale Regolamento è stato adottato con D.P.R. n. 171 del 2011, rubricato *“Regolamento di attuazione in materia di risoluzione del rapporto di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche dello Stato e degli enti pubblici nazionali in caso di permanente inidoneità psicofisica, a norma dell'articolo 55-octies del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165”*.

In particolare, l'art. 8 di tale D.P.R., *“Risoluzione per inidoneità permanente”*, prevede che *<<Nel caso di accertata permanente inidoneità psicofisica assoluta al servizio del dipendente di cui all'articolo 1 comma 1, l'amministrazione previa comunicazione all'interessato entro 30 giorni dal ricevimento del verbale di accertamento medico, risolve il rapporto di lavoro e corrisponde, se dovuta l'indennità sostitutiva del preavviso>>*.

L'utilizzo del termine *“può risolvere il rapporto”* contenuto nell'art. 55- octies comma 1 TUIPI e l'utilizzo del termine *“risolve il rapporto”* di cui all'art. 8 del D.P.R. n. 171/11 ha ingenerato dei dubbi sulla automaticità o meno della risoluzione del rapporto nel caso di accertata inidoneità assoluta e permanente.

La Suprema Corte, chiamata a pronunciarsi sulla questione, con statuizione resa in data 4/10/2016, n.19774 ha affermato che *“In materia di pubblico impiego contrattualizzato, la sopravvenuta e permanente inidoneità psicofisica del lavoratore allo svolgimento delle mansioni assegnate non determina una risoluzione automatica del rapporto di lavoro, ma costituisce giustificato motivo oggettivo di licenziamento, ove lo stesso non possa essere astrattamente impiegato in mansioni diverse; l'art. 55 octies del d.lgs. n. 165 del 2001 attribuisce, infatti, all'amministrazione un diritto potestativo di recesso che le consente in ogni caso di valutare la correttezza del procedimento attraverso il quale la valutazione medica è stata acquisita, l'adeguatezza delle motivazioni addotte, l'opportunità di un'ulteriore integrazione o approfondimento.”*

Nella motivazione della sentenza si afferma più approfonditamente che *“in primo luogo, il D. Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, nel determinare all'art. 2 le fonti del rapporto di pubblico impiego privatizzato, indica le “disposizioni del capo 1, titolo 2, del libro 5 del codice civile” (artt. 2082 - 2134 c.c.) ed inoltre le “leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa” fatte salve le diverse disposizioni contenute nello stesso decreto n. 165/2001 “che costituiscono disposizioni a carattere imperativo”. Ne consegue che, in linea generale, la forma tipica del recesso del datore di lavoro è, anche per l'impiego privatizzato, quella del licenziamento, senza che, in difetto di norme speciali, possano trovare ingresso cause di risoluzione automatica del rapporto. In*

coerenza con tale premessa, di ordine generale e sistematico, il D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 55 octies, prevede, per il caso di "permanente inidoneità psicofisica" del dipendente, che l'amministrazione di appartenenza "può risolvere il rapporto di lavoro", in tal modo confermando lo schema della sussistenza di un diritto potestativo di recesso in capo alla medesima, cui si contrappone, peraltro con le previste garanzie sostanziali e processuali, la posizione di soggezione del lavoratore. Nè può consentirsi una diversa lettura della norma primaria sul rilievo che il regolamento di attuazione, di cui al D.P.R. 27 luglio 2011, n. 171, adotti una diversa formulazione normativa, nel senso che, in caso di accertata permanente inidoneità psicofisica assoluta al servizio del dipendente, l'amministrazione "risolve il rapporto di lavoro", posto che, al di là di ogni pur assorbente considerazione sul rapporto gerarchico tra le fonti del caso concreto, resta che, anche di fronte ad una inidoneità "assoluta" (ovvero, più esattamente, presentata o emergente come tale), l'amministrazione conserva il diritto di esercitare o meno, senza vincoli di automatismo, il potere che le è attribuito, vagliando, a tutela del proprio interesse, se il procedimento, attraverso il quale la valutazione medica è stata acquisita, corrisponda alle previsioni che presiedono al suo regolare svolgimento, se le sue conclusioni siano adeguatamente motivate o se, invece, non pongano dubbi sulla loro effettiva plausibilità, se non debba ritenersi opportuno un qualche momento di integrazione e di ulteriore approfondimento. D'altra parte, è consolidato l'orientamento, secondo il quale "ai fini dell'accertamento dell'idoneità al servizio dei dipendenti di aziende locali di trasporto pubblico, il parere della Commissione medica di cui al Decreto 23 febbraio 1999, n. 88, art. 1, concernente il controllo dell'idoneità fisica e psicoattitudinale del personale addetto ai servizi pubblici di trasporto, non è vincolante per il giudice di merito adito per l'accertamento della illegittimità del licenziamento disposto a seguito di detto accertamento, avendo egli - anche in riferimento ai principi costituzionali di tutela processuale - il potere di controllare l'attendibilità degli esami sanitari effettuati dalla predetta Commissione, sicchè il datore di lavoro, nel momento in cui opera il licenziamento, agisce, come già argomentato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 420 del 1998, accollandosi il rischio di impresa avente ad oggetto la possibilità che l'Organo giudicante possa giudicare in modo contrario l'idoneità del dipendente (Cass 8 febbraio 2008 n. 3095; conforme Cass. n. 16195/2011)".

A tale condivisibile pronuncia ha fatto seguito copiosa giurisprudenza nazionale e comunitaria in tema di licenziamento del dipendente per inidoneità psicofisica sopravvenuta e c.d.

*accomodamenti ragionevoli*, evidentemente applicabile anche nel comparto pubblico.

A conforto di tale interpretazione sovviene proprio l'art. 3, co. 3 *bis*, del D. Lgs. 9 luglio 2003, n. 216, attuativo dell'art. 5 della Direttiva 2000/78 CE, il quale prevede espressamente l'obbligo di adozione degli "accomodamenti ragionevoli" da parte dei datori di lavoro pubblici e privati, specificando che <<*I datori di lavoro pubblici devono provvedere agli accomodamenti ragionevoli senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica e con le risorse umane, finanziarie e strumentali disponibili a legislazione vigente*>>.

Allo stato, dunque, il quadro normativo consente di applicare anche nei confronti della pubblica amministrazione i medesimi principi innanzi esaminati, in tema di obblighi e limiti imposti al datore di lavoro, tenuto ad adempiere all'onere probatorio in ordine al *repêchage* ordinario e rafforzato con riferimento agli "accomodamenti ragionevoli", cercando sempre, con il criterio della ragionevolezza, un punto di equilibrio fra libertà organizzativa datoriale e diritto del dipendente alla conservazione del posto di lavoro e alla tutela della salute.

In particolare l'Amministrazione, anche di fronte ad un giudizio della Commissione di verifica di inidoneità assoluta e permanente, ha sempre facoltà di scegliere se risolvere o meno il contratto di lavoro, senza vincoli di automatismo, dovendo vagliare se il procedimento, attraverso il quale la valutazione medica è stata acquisita, corrisponda alle previsioni che presiedono al suo regolare svolgimento, se le sue conclusioni siano adeguatamente motivate o se, invece, non pongano dubbi sulla loro effettiva plausibilità, se non debba ritenersi opportuno un qualche momento di integrazione e di ulteriore approfondimento.

Conclusivamente, una interpretazione conforme al diritto comunitario dell'art. 55-*octies* del TUPI porta necessariamente a ritenere non automatica la risoluzione del rapporto di lavoro in caso di accertata inidoneità assoluta e permanente del lavoratore, dovendo comunque essere compiuta la più ampia valutazione imposta dalla normativa multilivello.

-----

## **9. Conclusioni.**

La valutazione conclusiva depone nel senso della valorizzazione, nel coacervo di plurimi valori costituzionali da tenere in equilibrio, della specificità della singola fattispecie al vaglio dell'operatore del diritto; valorizzazione che può condurre ad esiti differenti.

Non si può prescindere nel valutare le fattispecie concrete dal porsi in un'ottica di insieme che tenga conto sia del contesto nel quale ci troviamo sia dei diritti tutelati nel nostro ordinamento, e cioè diritto alla salute e al lavoro da un lato e diritto alla libertà di impresa dall'altro.

Ritenere legittimo il licenziamento del lavoratore nella generalità dei casi di inidoneità sopravvenuta alle mansioni sarebbe una soluzione azzardata ed estrema; allo stesso tempo non si può "costringere" il datore di lavoro a rimanere parte di un rapporto laddove la controprestazione può essere divenuta (in tutto o in parte) inutile o fortemente sbilanciata in termini economici; nè tanto meno imporre per mano giudiziaria indebite ingerenze all'interno dell'assetto organizzativo dell'impresa.

Ci troviamo di fronte a contenziosi nei quali è necessario considerare molteplici variabili, prima fra tutte la specifica disabilità sofferta in relazione all'ambiente lavorativo, che possono influenzare in maniera significativa, a favore dell'una o dell'altra parte, l'esito del giudizio.

A chiusura, coglie nel segno la definizione data da Giubboni all'art. 5 della Direttiva CE 78/2000 del 27 novembre 2000, che ha rappresentato la svolta in questo delicato sistema di tutele della disabilità, secondo cui è "norma baricentrica" verso cui il sistema di tutele del prestatore di lavoro deve tendere, ove "le soluzioni più ragionevoli" rappresentano "un architrave su cui poggiare il necessario collegamento sistematico tra i diversi sistemi messi a disposizione dell'ordinamento".

**Elvira Antonia Palma**