

Numero 2 / 2020
(estratto)

Marco Peruzzi

**Diritto antidiscriminatorio e illegittimità del
licenziamento per inidoneità psico-fisica: (ri)costruzione
di una fattispecie.**

Diritto antidiscriminatorio e illegittimità del licenziamento per inidoneità psico-fisica: (ri)costruzione di una fattispecie.

Marco Peruzzi,
Professore associato all'Università di Verona

SOMMARIO: 1. Il licenziamento illegittimo del lavoratore inidoneo: art. 18 St. lav. e d.lgs. 23/2015 a confronto. – 2. La costruzione della fattispecie alla luce del diritto antidiscriminatorio. – 3. La ripartizione dell'onere probatorio e l'oggetto della prova datoriale. – 4. L'(in)coerenza tra il regime sanzionatorio previsto e quello applicabile sulla base dell'interpretazione sistematica. – 5. Al di fuori del raggio d'azione del diritto antidiscriminatorio.

Il licenziamento illegittimo del lavoratore inidoneo: art. 18 St. lav. e d.lgs. 23/2015 a confronto

Il presente contributo analizza la fattispecie del licenziamento illegittimo del lavoratore inidoneo, tracciando una linea interpretativa che trova il proprio perno nel coordinamento con il diritto antidiscriminatorio di matrice europea.

La riflessione non può che partire da un rilievo: l'art. 18 St. lav., al comma 7, contempla espressamente l'ipotesi di illegittimità del licenziamento per difetto di giustificazione «per motivo oggettivo consistente nella inidoneità fisica o psichica del lavoratore», prevedendo l'applicazione di una tutela reintegrazione attenuata; diversamente il d.lgs. 23/15, che regola il regime sanzionatorio per i rapporti costituitisi dopo il 6 marzo 2015, non fa alcun riferimento testuale all'inidoneità, disciplinando invece l'ipotesi relativa al difetto di giustificazione «per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore» (così ai sensi dell'art. 2, ultimo comma), per cui dispone l'applicazione di un regime reintegratorio pieno.

Le ragioni che spiegano la scelta del legislatore storico e la conseguente differenza tra i due corpus normativi sono presto dette.

Nel più ampio contesto di riforma della disposizione statutaria, la volontà era quella di sottrarre integralmente una fattispecie ascrivibile all'ambito del giustificato motivo oggettivo dall'area della tutela indennitaria (forte).

Nel contesto di riscrittura della disciplina operata dal legislatore del Jobs Act, la differenza consegue all'accoglimento di quanto proposto nel parere obbligatorio del Senato. Se, infatti, il testo originario era sostanzialmente in linea con quanto già previsto nell'art. 18 St. lav. riformato, nel parere si contestava l'ambiguità della formulazione e si rilevava come la legge-delega non avesse fatto un esplicito riferimento all'ipotesi in esame, richiedendo invece di limitare il diritto alla reintegrazione ai licenziamenti nulli e discriminatori e a specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato. Si concludeva, pertanto, affermando che la norma dovesse riferirsi solo alla discriminazione di disabili certificati e, per questo motivo, meritasse una formulazione e collocazione diversa, coerente con la disciplina dei licenziamenti discriminatori. Seguendo questa indicazione, il termine "inidoneità" veniva, quindi, sostituito con "disabilità" e la fattispecie era spostata dal regime di reintegrazione attenuata a quello di reintegrazione piena.

La tesi che si vuole sostenere in questo contributo è che, a prescindere dalle differenze tra i due corpus normativi, la fattispecie del licenziamento illegittimo del lavoratore inidoneo può comunque seguire una prospettiva di inquadramento comune, derivante dall'incidenza del diritto antidiscriminatorio e dall'inevitabile attrazione che essa può subire al suo interno¹. L'impatto di tale sistema normativo di matrice europea implica non solo una traduzione della fattispecie secondo la sua specifica grammatica, anzitutto per quanto riguarda l'individuazione dei fatti costitutivi e impeditivi. Implica altresì determinate conseguenze per quanto riguarda il regime di tutela applicabile.

La costruzione della fattispecie alla luce del diritto antidiscriminatorio

L'attrazione della fattispecie in esame nell'alveo del diritto antidiscriminatorio consegue all'applicabilità dell'ampia nozione di disabilità ivi accolta.

¹Per una valorizzazione dell'interpretazione sistematica cfr. O. Bonardi, *L'inidoneità sopravvenuta al lavoro e l'obbligo di adottare soluzioni ragionevoli in una innovativa decisione della Cassazione*, in *Questione giustizia*, 2018, n. 3; B. De Mozzi, *Condizioni personali del lavoratore e licenziamento*, Cleup, Padova, 2018; C. Spinelli, *La sfida degli "accomodamenti ragionevoli" per i lavoratori disabili dopo il "Jobs Act"*, in *Dir. Lav. Merc.*, 2017, n. 1, p. 39; D. Casale, *L'idoneità psicofisica del lavoratore pubblico*, Bononia University Press, Bologna, 2014; S. Giubboni, *Disabilità, sopravvenuta inidoneità, licenziamento*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2016, n. 3, I, p. 621; P. Lambertucci, *Il lavoratore disabile tra disciplina dell'avviamento al lavoro e tutela contro i licenziamenti: brevi note a margine dei provvedimenti attuativi del c.d. Jobs act alla "prova" della disciplina discriminatoria*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2016, n. 6, I, p. 1147.

In particolare, se le discriminazioni per ragioni di disabilità sono disciplinate dalla dir. 2000/78/CE e, a livello interno, dal d.lgs. 216/2003, le nozioni di disabilità, di accomodamenti ragionevoli e di discriminazione per disabilità trovano i propri referenti definitivi anche nella convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità del dicembre 2006. Non solo, infatti, tale convenzione è stata ratificata dall'Italia con la l. 18/2009. Soprattutto, la stessa è stata ratificata anche dall'UE nel dicembre 2010, con conseguente trasfusione dei suoi contenuti nella rete normativa del diritto antidiscriminatorio europeo. Ha assunto, quindi, centrale rilievo nella lettura svolta da parte della Corte di giustizia delle summenzionate nozioni, come si evidenzia, ad esempio, nella sentenza *FOA*².

Ponendosi in linea con la convenzione ONU, la Corte ivi chiarisce, infatti, che il concetto di "handicap", ai sensi della dir. 2000/78/CE, si riferisce a una limitazione, risultante segnatamente da menomazioni fisiche, mentali o psichiche durature, la quale, in interazione con barriere di diversa natura, possa ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su un piano di uguaglianza con gli altri lavoratori.

Trattasi di una nozione che prescinde dalle cause e dalle percentuali di invalidità; richiede la durezza della menomazione; aderisce a un modello bio-psicosociale di qualificazione, individuando la limitazione che ostacola l'inclusione del lavoratore non nella menomazione in sé, quanto nell'interazione della stessa con le barriere presenti nell'ambiente di lavoro³.

Tale nozione di disabilità risulta applicabile anche alla fattispecie del licenziamento del lavoratore inidoneo, nella misura in cui l'inidoneità derivi dalla citata interazione tra una menomazione fisica, mentale o psichica duratura e una barriera presente nell'ambiente lavorativo.

L'applicabilità di tale nozione attrae la fattispecie in esame nell'ambito del diritto antidiscriminatorio, imponendo all'interprete una traduzione della stessa seguendo la grammatica di detto sistema normativo, anzitutto per quanto riguarda l'individuazione dei fatti costitutivi e impeditivi.

Rinviando ad altra sede una riflessione più articolata sul punto, ai fini dell'analisi che ci occupa può essere sufficiente affermare, in estrema sintesi, come fatto costitutivo della fattispecie discriminatoria sia la sussistenza di una condotta pregiudizievole direttamente o indirettamente connessa a un fattore di rischio protetto (cfr. dir. 2000/78/CE, art. 2, par. 2)⁴. Nel caso di specie,

² C. giust. 18 dicembre 2014, C-354/13, *Fag og Arbejde (FOA) v. Kommunernes Landsforening (KL)*.

³ Cfr. United Nations, *The Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Training Guide*, Professional Training Series, 2004, n. 19.

⁴ Cfr. M. Barbera, *Le discriminazioni basate sulla disabilità*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 106.

il tema dei fatti costitutivi può esaurirsi in tale indicazione, dal momento che la fattispecie di illegittimità in esame presuppone che il collegamento causale con il fattore di rischio “disabilità” sia palesato dalla giustificazione enunciata dal datore a base dell’atto di recesso. Presuppone, infatti, che il licenziamento sia stato espressamente giustificato dal datore per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore (intesa nel senso sopraccitato) e che, pertanto, esso fosse collegato ad una asserita incompatibilità della menomazione del lavoratore con le mansioni assegnate/assegnabili in azienda, tale da implicare una sua inidoneità permanente o comunque di durata indeterminata/indeterminabile. Non vi è dubbio, pertanto, che la condotta datoriale presenti un collegamento causale diretto – o indiretto, laddove si individui nel requisito di idoneità alla mansione richiesto un criterio neutro dall’impatto differenziato – con il fattore “disabilità”.

Più importante ai fini dell’analisi che ci occupa è, invece, la riflessione sul tema dei fatti impeditivi.

Seguendo la traduzione richiesta dalla grammatica del diritto antidiscriminatorio, può affermarsi che, nel caso di licenziamento del lavoratore per inidoneità psico-fisica/disabilità, la condotta datoriale sia stata adottata a fronte dell’asserita sussistenza dei fatti impeditivi della fattispecie discriminatoria, ossia delle causali scriminanti di cui all’art. 4, dir. 2000/78/CE.

Tale disposizione prevede che gli Stati membri – per l’Italia l’art. 3, commi 3 e 4 del d.lgs. 216/2003⁵ – possano stabilire che una differenza di trattamento, basata su una caratteristica correlata a un fattore di rischio protetto, non costituisca discriminazione laddove, per la natura di un’attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata, tale caratteristica costituisca un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell’attività lavorativa, purché la finalità sia legittima e il requisito proporzionato.

Nel caso di specie, proprio la presenza o meno di determinate condizioni psico-fisiche si presenterebbe come caratteristica, collegata alla disabilità, costituente requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell’attività lavorativa.

Se, in termini generali, tale requisito, per consentire il perfezionamento della scriminante, deve essere proporzionato, laddove si tratti di requisito connesso alla disabilità, il parametro della proporzionalità ha una specifica articolazione, dovendo essere calibrato in rapporto all’obbligo di accomodamenti ragionevoli previsto dall’art. 5, dir. 2000/78/CE⁶.

⁵ Proprio il comma quarto fa salve «le disposizioni che prevedono accertamenti di idoneità al lavoro per quanto riguarda la necessità di una idoneità ad uno specifico lavoro».

⁶ Come spiega la convenzione ONU, la violazione dell’obbligo di accomodamenti ragionevoli costituisce essa stessa discriminazione per ragioni di disabilità. Pare significativo osservare come il rapporto di interdipendenza tra discriminazione per disabilità e obbligo di accomodamenti ragionevole implichi, *a contrario*, che laddove non si possa applicare la nozione di

Pertanto, se il collegamento con il fattore di rischio è palesato dalla giustificazione enunciata dal datore a base dell'atto di recesso, l'atto sarà qualificabile come discriminatorio solo laddove non si perfezioni il fatto impeditivo, ossia la causale scriminante.

Ciò si verificherà, anzitutto, laddove il requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa non sia venuto meno: o perché le richieste condizioni psico-fisiche persistono nonostante la disabilità; o la menomazione non è tale da compromettere in modo permanente ovvero per un periodo indeterminato o indeterminabile tali condizioni⁷. Oppure laddove il requisito richiesto non sia essenziale, determinante e soprattutto proporzionato in rapporto all'obbligo di adottare adeguamenti e soluzioni organizzative e/o strutturali ragionevoli e non eccessive, quindi esigibili, che consentano al lavoratore, nonostante la durevole menomazione, di continuare a svolgere l'attività lavorativa in questione o di essere assegnato a mansioni equivalenti o inferiori⁸.

Il tema degli elementi impeditivi è centrale ai fini dell'inquadramento della fattispecie. Se essa, infatti, è attratta nell'alveo del diritto antidiscriminatorio, il concetto di "difetto di giustificazione", indicato nella formulazione normativa sia dell'art. 18 St. lav. sia del d.lgs. 23/2015 (quest'ultimo con riferimento testuale alla disabilità), dovrà tradursi in termini di mancato perfezionamento della causale scriminante, determinabile come visto anche, ma non solo, da un mancato adempimento dell'obbligo di accomodamenti ragionevoli. È significativo, peraltro, evidenziare come questa pista argomentativa sia percorribile anche in senso inverso: come la costruzione della fattispecie in termini di discriminazione comporta l'identificazione dei suoi fatti impeditivi in quelli previsti dal diritto antidiscriminatorio, con necessità di prova datoriale sugli stessi in un'ipotetica controversia, così l'inserimento tra gli elementi della prova datoriale dell'obbligo di accomodamenti ragionevoli, ossia di un fatto impeditivo della discriminazione, non potrà prescindere da una costruzione della fattispecie in tal senso. In altre parole, non si ritiene sostenibile che, sulla base di una interpretazione sistematica, si affermi l'applicazione dell'obbligo di accomodamenti ragionevoli in ipotesi di licenziamento del

disabilità e la relativa disciplina antidiscriminatoria, non trovi nemmeno applicazione l'obbligo di soluzioni ragionevoli; così come non si possa applicare lo stesso senza che la fattispecie sia al contempo attratta nell'alveo del concetto di discriminazione e della relativa normativa (si veda *infra*). In tal senso anche O. Bonardi, *L'inidoneità sopravvenuta*, cit. Cfr. in tema C. Spinelli, *La sfida degli "accomodamenti ragionevoli"*, cit.

⁷ Nel senso che l'inidoneità, per legittimare il licenziamento, debba avere «carattere permanente o, quantomeno, durata indeterminata o indeterminabile» cfr. *ex multis* Cass. 3 novembre 2015, n. 22410. Sul punto, cfr. R. Del Punta, *La sospensione della prestazione di lavoro*, in A. Vallebona (a cura di), *I contratti di lavoro*, tomo I, Utet, 2009, p. 813.

⁸ Sull'assegnabilità anche a mansioni superiori cfr. D. Casale, *L'idoneità psicofisica*, cit., p. 11, il quale afferma che «alla luce dei più recenti strumenti normativi internazionali e comunitari che [...] impongono per i disabili "accomodamenti ragionevoli" a carico del datore, una tale prospettiva ermeneutica non sembra poter essere pregiudizialmente preclusa».

lavoratore inidoneo, mantenendo tuttavia la fattispecie del licenziamento illegittimo distinta dal licenziamento discriminatorio e soprattutto sottoposta a un diverso e inferiore regime di tutela (si veda *infra*).

Tanto più non si condivide l'affermazione secondo cui l'onere di provare il rifiuto datoriale di introdurre gli accomodamenti ragionevoli dovrebbe gravare sul lavoratore e, pertanto, in caso contrario, ove cioè il lavoratore non desse prova che tali accomodamenti fossero possibili e siano stati rifiutati, il licenziamento dovrebbe considerarsi solo ingiustificato e non discriminatorio.

A fronte della menzionata ricostruzione, non si condivide neppure la tesi secondo cui il licenziamento non sarebbe discriminatorio qualora il datore, pur avendo introdotto accomodamenti ragionevoli, abbia erroneamente reputato il lavoratore inidoneo⁹.

Si ritiene, infatti, che anche in questo caso l'atto pregiudizievole continui ad essere qualificabile come discriminatorio, dal momento che, da un lato, rimane un atto adottato in ragione di un fattore di rischio, dall'altro, la scriminante non si è perfezionata: o perché l'asserita richiesta di determinate condizioni psico-fisiche non costituisce un requisito essenziale e determinante, o perché tali condizioni persistono, nonostante la disabilità, e il requisito essenziale non è, quindi, venuto meno.

Non rileva, peraltro, che il datore abbia agito per errore: il sistema normativo del diritto antidiscriminatorio si fonda su una nozione oggettiva di discriminazione, che si configura al ricorrere di un oggettivo pregiudizio subito in ragione di un determinato fattore di rischio, a prescindere dall'elemento soggettivo.

La ripartizione dell'onere probatorio e l'oggetto della prova datoriale

La costruzione di una fattispecie normativa - e quindi l'individuazione dei suoi fatti costitutivi e impeditivi - predetermina l'eventuale posizione delle parti in una ipotetica controversia, rispetto sia all'allocazione dell'onere di prova sia alla regola di giudizio applicabile in caso di mancato convincimento del giudice. Nel caso in esame, l'attrazione della fattispecie nell'ambito del diritto antidiscriminatorio implica, altresì, l'applicazione dello speciale regime probatorio ivi previsto a tutela del ricorrente.

Rinviando ad altra sede per un'analisi più approfondita, basti qui evidenziare come, in base a tale regime, sia sufficiente che il ricorrente fornisca una prova semi-piena della sussistenza della discriminazione, perché si sposti sul convenuto l'onere di fornire o la prova contraria

⁹ Cfr. il contributo di B. De Mozzi, in questo numero di *Lavoro Diritti Europa, LDE*.

dell'insussistenza della disparità di trattamento, o la prova contraria dell'assenza di un nesso causale tra il licenziamento e la disabilità, o la prova della sussistenza di elementi impeditivi, quali sono le causali scriminanti¹⁰.

Nel paragrafo precedente, si è spiegato come proprio il mancato perfezionamento della causale scriminante equivarrebbe a quello che la formulazione normativa sia dell'art. 18 St. lav. sia del d.lgs. 23/2015 individua come "difetto di giustificazione" all'interno della fattispecie in esame.

Ferme queste riflessioni in punto di ripartizione dell'onere probatorio, l'attenzione si concentrerà ora sull'oggetto della prova datoriale.

Segnatamente, per dimostrare che è venuto meno il requisito essenziale nei termini suddetti, il datore dovrà provare l'incompatibilità permanente o di durata non preventivabile delle condizioni di salute del lavoratore con le mansioni assegnate (e assegnabili). A tal fine, *potrà*¹¹ produrre l'eventuale documentazione relativa all'accertamento sanitario facoltativamente richiesto *ex art.* 5 St. lav. alla commissione medica collegiale dell'ASL, laddove l'accertamento di idoneità sia effettuato al di fuori dell'area della sorveglianza sanitaria obbligatoria, ovvero rispetto a rischi diversi da quelli della mansione specifica individuati nel DVR. *Potrà*, invece, produrre la documentazione relativa all'accertamento effettuato dal medico competente (o della commissione medica ASL, pronunciata su ricorso del lavoratore presentato avverso il giudizio del medico competente) laddove si tratti di una inidoneità alla mansione specifica connessa a rischi per i quali è prevista la sorveglianza sanitaria obbligatoria ai sensi degli artt. 41 e 42 del d.lgs. 81/2008 (nella sorveglianza sanitaria è inclusa anche la visita medica precedente alla ripresa del lavoro, a seguito di assenza per motivi di salute di durata superiore ai sessanta giorni continuativi). Laddove l'accertamento medico avesse verificato una inidoneità parziale, con limitazioni o prescrizioni, il datore potrà altresì dimostrare l'incompatibilità della mansione assegnata o delle mansioni assegnabili con la prescrizione medica (cfr. Cass. 26 gennaio 2017, n. 2008). Laddove trattasi di inidoneità sopravvenuta dovuta all'aggravamento delle condizioni di salute del disabile assunto tramite collocamento mirato, il datore *dovrà* produrre la documentazione relativa

¹⁰ Si consenta il rinvio a M. Peruzzi, *La prova del licenziamento ingiustificato e discriminatorio*, Giappichelli, Torino, 2017.

¹¹ Come ha spiegato la giurisprudenza, «tale qualificato controllo stragiudiziale costituisce, per il datore di lavoro, una mera facoltà, il cui mancato esercizio non gli preclude di far valere in sede giudiziale l'inidoneità fisica del lavoratore come causa di risoluzione del rapporto e di chiederne accertamento attraverso gli opportuni mezzi istruttori, non meno garantistici del controllo stragiudiziale anzidetto; anche l'accertamento stragiudiziale eseguito ai sensi della norma richiamata, infatti, è sindacabile in sede giudiziaria» (Cass. 12 febbraio 2003, n. 2104). Una "procedimentalizzazione" del licenziamento, ossia il necessario passaggio dalla visita del medico competente ai fini delle legittimità dell'atto, è da escludersi anche nell'ambito della sorveglianza sanitaria obbligatoria (ferme restando le eventuali sanzioni previste nella normativa prevenzionistica). In tal senso anche B. De Mozzi, *Condizioni personali del lavoratore e licenziamento*, cit.; D. Casale, *L'idoneità psicofisica*, cit.

all'accertamento effettuato dalla Commissione di cui all'art. 4 della l. 104/1992, come previsto dall'art. 10, comma 3, l. 68/1999. In questo caso l'esercizio del potere di recesso datoriale è, infatti, procedimentalizzato e il passaggio dall'accertamento di detta Commissione è necessario ai fini della legittimità dell'atto (cfr. Cass. 28 aprile 2017, n. 10576). A tal ultimo riguardo, si ritiene condivisibile una prospettiva che distingua la prova degli accomodamenti ragionevoli dalla prova dell'adempimento della procedura di accertamento da parte della Commissione di cui alla l. 104/1992: solo nel primo caso si potrà eventualmente affermare la discriminatorietà del licenziamento, mentre nel secondo la mancata prova determinerà l'accertamento della nullità dello stesso per violazione di norma imperativa, con possibilità quindi che si ritenga applicabile una mera tutela reale di diritto comune se il rapporto si è costituito dopo il 6 marzo 2015¹².

Anche a fronte della documentazione prodotta dal datore (o dal lavoratore), il giudice potrà sempre valutare liberamente la veridicità e attendibilità degli accertamenti sanitari effettuati, disponendo una CTU (cfr. Cass. 10 ottobre 2013, n. 23068; Cass. 25 luglio 2011, n. 16195, Cass. 28 agosto 2003, n. 12637).

Il datore dovrà altresì dimostrare l'incollocabilità del lavoratore in mansioni equivalenti o inferiori in azienda (art. 41, d.lgs. 81/2008), producendo, peraltro, la documentazione della verifica effettuata dalla Commissione di cui alla legge n. 104/1992 se il lavoratore licenziato era stato assunto con collocamento mirato e l'inidoneità è derivata da un aggravamento della sua disabilità (art. 10, comma 3, l. 68/1999, si veda *supra*; cfr. Cass. 28 aprile 2017, n. 10576). Tale prova potrà avere come oggetto l'assenza di mansioni compatibili ovvero il rifiuto del lavoratore di essere assegnato a mansioni diverse, in ipotesi anche inferiori (cfr., a tal ultimo riguardo, Cass. 23 maggio 2017, n. 12903).

La prova negativa dell'impossibilità di mantenere il lavoratore nella compagine aziendale includerà la prova dell'inutilità, impossibilità o irragionevolezza, anche sotto il profilo dell'onere finanziario, di eventuali accomodamenti organizzativi e/o strutturali¹³. Nel caso di applicazione dell'art. 18 St. lav., tali verifiche potranno essere state oggetto del tentativo di conciliazione *ex art.* 7, l. 604/1966.

¹² Cfr. il contributo di B. De Mozzi, in questo numero di *Lavoro Diritti Europa, LDE*.

¹³ Cfr. Cass. 19 dicembre 2019, n. 34132, ove si evidenzia che «l'obbligo di adottare tali accomodamenti ragionevoli [...] trova un limite nella necessità che essi non incidano negativamente sulle condizioni di lavoro dei colleghi dell'invalido e non comportino un onere economico eccessivo e sproporzionato per l'impresa». Osserva D. CASALE, *L'idoneità psicofisica*, cit., p. 38, che «con la prudenza necessaria riguardo ad una questione sperimentale tanto delicata, potrebbero ipotizzarsi meccanismi procedurali di quantificazione concreta degli oneri in funzione di diverse variabili (compresa la dimensione dell'organizzazione datoriale), anche tramite prospetti preventivi di parte, da vagliarsi in contraddittorio ed eventualmente tramite ctu in caso di dissidio giudiziale».

Alla luce di quanto previsto dalla convenzione ONU e dal considerando 21 della dir. 2000/78/CE¹⁴, la ragionevolezza delle soluzioni adottabili sarà valutata dal giudice in rapporto al costo e alla praticabilità delle soluzioni organizzative necessarie, alla possibilità di richieste datoriali di sostegni finanziari pubblici, ad esempio da parte dell'Inail¹⁵, alla dimensione dell'azienda, nonché alle implicazioni in termini di tutela della salute e sicurezza del lavoratore e degli altri.

L'(in)coerenza tra il regime sanzionatorio previsto e quello applicabile sulla base dell'interpretazione sistematica

Come anticipato, l'attrazione della fattispecie dell'alveo del diritto antidiscriminatorio implica determinate conseguenze anche per quanto riguarda il regime sanzionatorio applicabile, posto che la garanzia del principio di parità richiede la rimozione di tutti gli effetti provocati dalla condotta discriminatoria, ossia una tutela ripristinatoria che presuppone e implica la declaratoria da parte del giudice anche dell'invalidità della fonte della discriminazione, nel caso di specie il licenziamento: la declaratoria di nullità dell'atto con reintegrazione piena del lavoratore costituisce l'unico strumento per eliminare le conseguenze pregiudizievoli della discriminazione.

Nulla quaestio si pone, a riguardo, nel contesto regolativo del d.lgs. 23/15, che non contempla testualmente l'ipotesi del licenziamento illegittimo del lavoratore inidoneo, bensì solo quella dell'atto illegittimo per difetto di giustificazione «per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore», con applicazione dello stesso regime reintegratorio pieno previsto per i licenziamenti discriminatori. La riflessione sviluppata consente, d'altra parte, di evidenziare come, da un lato, a dispetto di quanto affermato nel menzionato parere del Senato, il disposto non possa riguardare soltanto i disabili certificati, considerata l'ampiezza della nozione di disabilità accolta nell'ambito del diritto antidiscriminatorio; dall'altro, si può ritenere che esso si riferisca alle sotto-fattispecie di disabilità in cui si configura *anche* l'inidoneità del lavoratore allo svolgimento delle proprie mansioni. Non riguarderà, invece, le ipotesi di discriminazione in cui il nesso di causalità con il fattore di rischio sia occulto, ossia nascosto dietro a una diversa

¹⁴ Ai sensi del considerando 21, direttiva 2000/78/CE, «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».

¹⁵ Cfr. l. n. 190/2014, art. 1, comma 166; regolamento di attuazione – determina Presidente Inail 11 luglio 2016, n. 258; circ. Inail 30 dicembre 2016, n. 51.

giustificazione (si pensi a un licenziamento ritorsivo nei confronti di un lavoratore che abbia in precedenza rivendicato i propri diritti di disabile), ovvero le ipotesi di discriminazione per associazione, essendo profilo necessario della fattispecie l'appartenenza del fattore di rischio al lavoratore licenziato.

Più problematico è, invece, l'impatto dell'inquadramento della fattispecie come licenziamento discriminatorio sul sistema normativo predisposto dall'articolo 18 St. lav.

La disposizione statutaria, al comma 7, prevede che il licenziamento *de quo* sia annullabile, non nullo, con applicazione del regime di reintegrazione attenuata, e non piena. Si lasci per ora da parte la questione dell'individuazione di ipotesi di inidoneità psico-fisica esterne al raggio d'azione del diritto antidiscriminatorio (si veda *infra*). Laddove l'ipotesi sia attratta al suo interno, la tutela accordata al lavoratore dovrebbe essere quella piena, essendo il licenziamento qualificabile come discriminatorio, quindi nullo ai sensi del primo comma, e non meramente annullabile, come previsto dal settimo comma.

L'attrazione della fattispecie nell'alveo del licenziamento discriminatorio, con annessa applicazione del regime reintegratorio pieno (a prescindere dalla dimensione occupazionale del datore di lavoro), interroga peraltro sulla spendibilità anche nel caso di specie dell'argomento, elaborato dalla giurisprudenza con riguardo al vecchio art. 18 St. lav., secondo cui, in caso di licenziamento per inidoneità adottato dal datore sulla base di un erroneo accertamento medico poi smentito in giudizio, al lavoratore spetterebbero solo le cinque mensilità minime e non, invece, l'intera indennità risarcitoria corrispondente alle retribuzioni perse (cfr. Cass. 19 settembre 2006, n. 20269; Cass. 21 settembre 1998, n. 9464). Secondo tale orientamento, nella quantificazione del danno troverebbero, in particolare, applicazione i principi civilistici in punto di imputabilità dell'inadempimento contrattuale, imputabilità da escludersi, segnatamente, in capo al datore, laddove lo stesso si sia attenuto agli accertamenti medici richiesti *ex art. 5 St. lav.* o disposti *ex articolo 41, d.lgs. 81/2008*, attendendo l'esito di un eventuale ricorso del lavoratore avverso il giudizio del medico competente o la scadenza dei termini per la presentazione di detto ricorso (trenta giorni dalla data di comunicazione del giudizio, *ex art. 41, comma 9, d.lgs. n. 81/2008*)¹⁶. Si può dubitare della possibilità di riproporre tale argomento nel caso *de quo* considerando come, giusta l'attrazione della fattispecie nell'alveo del diritto antidiscriminatorio, la reintegrazione piena funga da tutela ripristinatoria disposta a rimozione di tutte le conseguenze derivanti dalla discriminazione. Come già si è evidenziato, la nozione di discriminazione è

¹⁶ In tal senso cfr. B. De Mozzi, *Condizioni personali del lavoratore e licenziamento*, cit., p. 136.

oggettiva, si perfeziona al ricorrere di un oggettivo pregiudizio, a prescindere dall'elemento soggettivo, che può al più valutarsi ai fini del risarcimento del danno non patrimoniale. Pare significativo richiamare, inoltre, la posizione di chi contesta la possibilità di trasporre nel sistema del diritto antidiscriminatorio le «tecniche civilistiche tradizionali di controllo del cattivo esercizio dell'autonomia privata in rapporti connotati da posizioni di pari potere contrattuale», osservando come il divieto di discriminazione si collochi «nell'area dei controlli ai poteri privati a opera dei diritti fondamentali»¹⁷.

Al di fuori del raggio d'azione del diritto antidiscriminatorio

Il percorso d'analisi fin qui intrapreso ha spiegato come, sulla base di un'interpretazione sistematica, la fattispecie di licenziamento illegittimo in esame si sovrapponga con quella del licenziamento discriminatorio.

Rimane da risolvere la questione se tale sovrapposizione sia completa, traducendosi in un totale assorbimento dell'ipotesi analizzata nel *genus* del licenziamento discriminatorio, o se permangano ipotesi di carenza di giustificazione consistente nell'inidoneità psico-fisica del lavoratore esterne al perimetro della discriminazione per ragioni di disabilità.

Tali ipotesi rimarrebbero afferenti all'area dell'ingiustificatezza, con annesse conseguenze sotto il profilo probatorio, per quanto riguarda sia la distribuzione dell'onere, allocato in capo al datore ai sensi dell'art. 5, l. 604/1966, sia l'oggetto della prova, vista l'inapplicabilità dell'obbligo di accomodamenti ragionevoli (v. *supra*). Dal punto di vista del regime sanzionatorio, alla specifica previsione della disposizione statutaria, che contempla come visto la reintegrazione attenuata, si affianca il vuoto normativo del d.lgs. 23/2015, superabile a livello interpretativo vista la riconducibilità dell'ipotesi in esame nell'alveo del giustificato motivo oggettivo, con conseguente applicazione del regime previsto in caso di sua carenza, ossia la tutela indennitaria "forte" (art. 3, comma 1). Nelle aziende sotto-soglia, rimarrà, invece, per gli assunti prima del 7 marzo 2015, la tutela obbligatoria, mentre per gli assunti a partire da tale data, il regime indennitario forte dimezzato, fino a un massimo di 6 mensilità (art. 9, comma 1, d.lgs. 23/2015).

Si ritiene che possano perfezionare questa fattispecie di ingiustificatezza le ipotesi in cui l'attività lavorativa richieda specifiche caratteristiche o condizioni psico-fisiche, la cui carenza non si ricolleggi alla sussistenza di una menomazione fisica, psichica o sensoriale. Trattasi di ipotesi in cui la valutazione dell'idoneità psico-fisica non risponde a interessi di tutela della sicurezza (art.

¹⁷ M. Barbera, *Il licenziamento alla luce del diritto antidiscriminatorio*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2013, n. 1, I, pp. 161 e 152.

2087 c.c.) o dell'interesse pubblico, né quindi deve essere disposta con accertamento sanitario. Sono casi in cui il requisito risponde a mere finalità di efficienza nello svolgimento della prestazione¹⁸. Può consistere, ad esempio, nella presenza di una determinata altezza ovvero di una determinata energia e prestanza fisica¹⁹. La possibilità del datore di effettuare verifiche su questi profili, anche attraverso prove pratiche delle mansioni assegnate, troverà un limite nel divieto di indagini su «fatti non rilevanti ai fini della valutazione dell'attitudine professionale del lavoratore», di cui all'art. 8 St. lav.²⁰. Potrebbe inoltre incontrare, nuovamente, i limiti disposti dal diritto antidiscriminatorio, laddove le caratteristiche fisiche richieste potessero mettere i portatori di un determinato fattore di rischio in una situazione di particolare svantaggio, salva applicazione della causale scriminante e, quindi, salva prova dell'essenzialità e carattere determinante del requisito ai fini dello svolgimento della prestazione.

¹⁸ P. Ichino, *Il contratto di lavoro*, vol. III, Giuffrè, 2003.

¹⁹ Cfr. D. Casale, *L'idoneità psicofisica*, cit.; O. Bonardi, *L'inidoneità sopravvenuta*, cit.

²⁰ P. Ichino, *Il contratto di lavoro*, cit.