

Il licenziamento del lavoratore disabile tra disciplina speciale e tutela antidiscriminatoria*

Stefano Giubboni

1. Premessa.	120
2. Il licenziamento del lavoratore divenuto disabile nel corso del rapporto per infortunio sul lavoro o malattia.	121
3. Il licenziamento del lavoratore assunto come disabile a seguito di aggravamento delle condizioni di salute o di significative variazioni della organizzazione del lavoro.	126
4. I limiti al licenziamento collettivo ed a quello per giustificato motivo oggettivo.	129
5. La funzione di chiusura della tutela antidiscriminatoria.	131
6. Conclusione.	136

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 67/2008

1. Premessa.

Nella costruzione della tutela del lavoratore disabile contro il licenziamento confluiscono, oggi, due nuclei normativi caratterizzati da funzioni e presupposti discretamente diversi, che tuttavia convergono integrandosi e completandosi – non senza momenti di sovrapposizione (e di possibile tensione) – l'uno con l'altro.

Il primo e fondamentale nucleo protettivo va individuato nella speciale disciplina di garanzia del diritto al lavoro dei prestatori disabili, così come radicalmente rivisitata – anche con riguardo al tema del licenziamento – dalla legge n. 68 del 1999. A tale primo nucleo – saldamente centrato su norme inderogabili di tutela differenziata o rafforzata del lavoratore disabile, anche con riguardo alle vicende estintive del rapporto di lavoro – si è più di recente affiancata la disciplina che dà attuazione, nel nostro ordinamento, alla direttiva 2000/78/CE che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e condizioni di lavoro, estendendo anche alle situazioni di disabilità (o di *handicap*, come si esprime l'art. 1 del D. Lgs. n. 216 del 2003) la tecnica di tutela antidiscriminatoria³⁶³.

I due nuclei normativi, con le correlative tecniche di tutela, muovono da presupposti differenti e realizzano funzioni corrispondentemente diverse, nella misura in cui il primo è essenzialmente costruito – secondo il modello della “norma inderogabile garante della parità nel contratto”³⁶⁴, e quindi dell'eguaglianza nella sua proiezione verticale – sulla fissazione di limiti sostanziali (per quanto qui interessa, anche) al potere di recesso del datore di lavoro, mentre il secondo si preoccupa di garantire la piena eguaglianza del lavoratore disabile nella sua dimensione orizzontale e dunque in una prevalente logica di giustizia distributiva³⁶⁵. Diversi nei loro presupposti, i due nuclei normativi concorrono, tuttavia, a disegnare, nell'ambito della disciplina generale sui licenziamenti, un quadro integrato e rafforzato di garanzie, nel quale la normativa antidiscriminatoria assolve ad una essenziale funzione di chiusura del sistema di tutela contro il licenziamento del lavoratore disabile.

Di seguito – e con la brevità imposta dall'occasione – si darà dunque conto dei presupposti di operatività dei due diversi nuclei normativi che compongono il sistema di tutela del lavoratore disabile contro il licenziamento, partendo da quello ridisegnato dalla legge n. 68 del 1999 ed avendo peraltro cura di istituire – nella lettura delle relative norme – i necessari momenti di raccordo con le disposizioni della direttiva 2000/78/CE e del D. Lgs. n. 216 del 2003 che ha dato ad

³⁶³ Tecnica che la legge n. 67 del 2006 ha, come noto, ulteriormente esteso, nel suo ambito di applicazione, oltre la sfera dell'accesso all'occupazione e delle condizioni di lavoro, già coperta dal D. Lgs. n. 216 del 2003, al fine di promuovere la compiuta attuazione del principio di parità di trattamento e di pari opportunità nei confronti delle persone con disabilità e di garantire alle stesse il pieno godimento dei loro diritti civili, politici, economici e sociali. Per un commento alla legge v. R. BELLÌ, *La non discriminazione dei disabili e la legge n. 67 del 2006*, con prefazione di M. R. SAULLE, Milano, 2007, nonché – con condivisibili accenti critici – L. MAGRO, *La tutela giudiziaria per i disabili vittime di discriminazioni nella legge n. 67 del 2006: mera proclamazione o concreta opportunità?*, in *Riv. Dir. Sic. Soc.*, 2006, pag. 496 e segg.

³⁶⁴ P. CHIECO, *Lavoratore comparabile e modello sociale nella legislazione sulla flessibilità del contratto e dell'impresa*, in Id. (a cura di), *Eguaglianza e libertà nel diritto del lavoro. Scritti in memoria di Luciano Ventura*, Bari, 2002, pag. 47 e segg., qui pag. 49.

³⁶⁵ Cfr. M. BARBERA, *Introduzione – Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione e continuità*, in EAD. (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Milano, 2007, pag. XL, nonché, prima, della stessa autrice, *L'eguaglianza come scudo e l'eguaglianza come spada*, in P. CHIECO (a cura di), *Eguaglianza e libertà*, cit., pag. 29 e segg., spec. pag. 39.

essa attuazione nell'ordinamento nazionale³⁶⁶.

2. Il licenziamento del lavoratore divenuto disabile nel corso del rapporto per infortunio sul lavoro o malattia.

La legge n. 68 del 1999 ha – come noto – innovato in profondità anche la disciplina in tema di licenziamento del lavoratore disabile, dettando peraltro disposizioni di non agevole lettura e coordinamento³⁶⁷.

Nell'impianto della legge, la prima norma a venire in rilievo in materia è l'art. 1, co. 7, alla stregua del quale i datori di lavoro, pubblici e privati, sono tenuti a garantire la conservazione del posto a quei soggetti che, non essendo disabili al momento della assunzione, abbiano acquisito eventuali disabilità per infortunio sul lavoro o malattia professionale.

Considerata isolatamente nella sua rigorosa portata letterale, la norma sembrerebbe introdurre – come da taluno suggerito – un incondizionato principio di stabilità/conservazione del posto in favore del lavoratore che, assunto in via ordinaria, sia divenuto disabile (nel senso proprio della legge)³⁶⁸ in conseguenza di infortunio sul lavoro o malattia professionale, a prescindere dalla imputabilità al datore di lavoro dell'evento invalidante. In questo senso, il principio della necessaria conservazione del posto di lavoro sarebbe “destinato ad operare senza alcun temperamento per le malattie professionali e per gli infortuni avvenuti in occasione di lavoro”³⁶⁹, mentre solo per quelle comuni, o per gli eventi infortunistici non occasionati dal lavoro³⁷⁰, opererebbero le limitazioni poste al medesimo principio dall'art. 4, co. 4, della legge.

L'art. 1, co. 7, detterebbe così un precetto autonomo, e speciale, rispetto a quello contenuto – con riguardo ad ogni ipotesi di sopravvenuta inabilità per infortunio o malattia, anche non professionale – dall'art. 4, co. 4. In quest'ottica, nel coordinamento tra le due norme la prima dovrebbe avere la prevalenza sulla seconda, assolutizzando la tutela del lavoratore divenuto disabile in corso di rapporto per infortunio sul lavoro o tecnopatia con tutta la forza – apparentemente incondizionata – del principio della conservazione piena e, appunto, “senza temperamenti” del

³⁶⁶ Esercizio di raccordo, questo, a quanto consta ancora poco praticato in dottrina, dove prevale la tendenza a proporre una lettura del tutto separata dei due nuclei normativi, che pur muovendo da una giusta sottolineatura della diversità di presupposti e funzioni degli stessi, rischia, tuttavia, di lasciare in ombra i punti di comunicazione e contatto o, come si è suggerito, di “integrazione” dei due sottosistemi di tutela del lavoratore disabile. Offrono un esempio autorevole di tale prevalente atteggiamento della dottrina M. BARBERA, *Le discriminazioni basate sulla disabilità*, in EAD. (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, cit., pag. 77 e segg., e P. LAMBERTUCCI, *Le discipline speciali in materia di collocamento dei disabili e di lavoro dei cittadini extracomunitari*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Il lavoro privato e pubblico*, Milano, 2006, pag. 413 e segg.

³⁶⁷ Ed oggetto, non a caso, di assai diverse ricostruzioni: cfr. in particolare, tra i primi commenti della legge, S. CENTOFANTI, “*Conservazione del posto*” per i lavoratori diventati disabili per infortunio o malattia professionale durante il rapporto di lavoro, in *Dir. Lav. Marche*, 1999, pag. 203 e segg.; *Id.*, *Il licenziamento dei lavoratori divenuti inabili durante il rapporto di lavoro*, in M. CINELLI, P. SANDULLI (a cura di), *Diritto al lavoro dei disabili. Commentario alla legge n. 68 del 1999*, Torino, 2000, pag. 179 e segg.; S. GIUBBONI, *Il licenziamento del prestatore disabile dopo la legge n. 68/1999*, in *Rass. Giur. Umbra*, 2000, pag. 291 e segg.

³⁶⁸ Ed abbia dunque sviluppato un grado d'invalidità pari o superiore al 33 per cento: v. la circolare n. 41 del 2000 del Ministero del Lavoro e, in dottrina, L. TOSATO, *Il lavoro dei disabili*, Milano, 2000, pag. 27.

³⁶⁹ E. PASQUALETTO, *La nuova legge sul collocamento obbligatorio dei disabili: prime osservazioni*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, n. 22 del 1999, pag. 93 e segg., qui pag. 102.

³⁷⁰ È appena il caso di rammentare che anche quelli avvenuti *in itinere* ex art. 2, D. P. R. n. 1124 del 1965 (come novellato dall'art. 12, D. Lgs. n. 38 del 2000) sono, in senso proprio, infortuni sul lavoro.

posto.

Si tratta di una lettura che non convince, non solo e non tanto perché inverte il rapporto tra le due disposizioni in rilievo, laddove sembra evidente che è l'art. 4, co. 4, a specificare il contenuto concreto del principio di conservazione del posto in caso di sopravvenuta invalidità da infortunio o malattia (professionale o no), di cui all'art. 1, co. 7, ma soprattutto perché eleva il livello di tutela oltre ogni limite di ragionevolezza e senza adeguata giustificazione³⁷¹. La giustificazione di un limite così forte (assoluto, appunto) al potere di recesso del datore non può, infatti, essere rintracciata nella natura professionale dell'evento invalidante, visto che l'infortunio sul lavoro può benissimo dipendere dalla condotta colposa del lavoratore in assenza di imputabilità dello stesso alla responsabilità del datore di lavoro³⁷². Né una compressione così penetrante delle prerogative datoriali sembra ragionevole sul piano del bilanciamento tra valori e principi costituzionali³⁷³.

Deve piuttosto ammettersi come un siffatto bilanciamento, secondo quanto si argomenterà meglio tra breve, venga realizzato proprio dalla regola posta dall'art. 4, co. 4, della legge n. 68 del 1999, alla quale non può, dunque, non essere attribuito il significato di specificare e delimitare il contenuto dell'enunciato normativo di cui all'art. 1, co. 7, in una logica di equo temperamento degli interessi coinvolti.

Al medesimo risultato interpretativo spinge, del resto, lo stesso criterio generale con il quale la direttiva 2000/78/CE, sul punto colpevolmente disattesa dal D. Lgs. n. 216 del 2003³⁷⁴, qualifica il divieto di discriminazione a danno dei lavoratori disabili, imponendo al datore di lavoro l'obbligo positivo della adozione di "soluzioni ragionevoli" (art. 5) al fine di adattare l'ambiente di lavoro alle esigenze del prestatore affetto da disabilità originaria o sopravvenuta. Seppure operante su

³⁷¹ Cfr. in tal senso, tra gli altri, A. VALLEBONA, *La nuova disciplina delle assunzioni obbligatorie*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1999, pag. 476 e segg., spec. pag. 480; A. TURSI, *La nuova disciplina del diritto al lavoro dei disabili*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1999, I, pag. 727 e segg., che ritiene giustamente inaccoglibile un'interpretazione che, "imponendo la conservazione del posto – evidentemente oltre la scadenza del periodo di comporto –, anche in caso di inabilità sopravvenuta non riconducibile a inadempimenti datoriali di obblighi di sicurezza, appare soluzione eccessiva anche rispetto al pur condivisibile orientamento giurisprudenziale che esclude la legittimità del licenziamento intimato per superamento del periodo di comporto, ove il datore di lavoro si sia reso responsabile dell'infermità a seguito dell'inosservanza della normativa prevenzionistica; e, in definitiva, appare soluzione di dubbia costituzionalità" (pag. 751).

³⁷² V. S. CENTOFANTI, *Il licenziamento*, cit., pag. 189. Una responsabilità del datore di lavoro è del resto normalmente assente negli infortuni *in itinere* (*supra*, nota 8).

³⁷³ Per una complessiva rilettura della disciplina in materia di licenziamenti alla luce del bilanciamento tra valori costituzionali è d'obbligo, ora, il rinvio a L. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i "principi" costituzionali*, relazione alle Giornate di studio dell'AIDLASS su "Disciplina dei licenziamenti e mercato del lavoro", Venezia, 25-26 maggio 2007. Con riferimento alla specifica questione, l'autore propone peraltro (a pag. 34 del dattiloscritto) un'interpretazione originale dell'art. 1, co. 7, della legge n. 68 del 1999, alla cui stregua la disposizione non regolerebbe, "a differenza dell'art. 4 della stessa legge, un'ipotesi di impedimento definitivo [...]", ma la "diversa evenienza di quando le mansioni svolte dal lavoratore possono essere conservate nonostante la sopraggiunta disabilità (che non rendono il lavoratore computabile nella quota d'obbligo)", onde sarebbe questa diversa interpretazione a evitare l'incostituzionalità della disposizione. Ma è da preferire la più lineare e plausibile lettura che si sta per proporre nel testo, la quale – rifiutando la tesi dell'obbligo incondizionato di conservazione del posto, in quanto incostituzionale – rimette concretamente alla previsione dell'art. 4, co. 4, il ragionevole bilanciamento degli interessi in gioco.

³⁷⁴ Cfr. la dura critica di M. BARBERA, *Le discriminazioni*, cit., pag. 81, che parla, giustamente, di "colpevole manomissione della nozione comunitaria di discriminazione", giungendo, peraltro, altrettanto condivisibilmente, a recuperare la valenza precettiva della regola di cui all'art. 5, par. 2, della direttiva attraverso l'obbligo della interpretazione conforme, che è nella specie senz'altro praticabile (v. *amplius infra*, al § 5).

di un piano diverso, quale è quello della determinazione della nozione di discriminazione³⁷⁵, anche tale criterio – come si avrà modo di dire meglio più avanti – appare in definitiva improntato alla esigenza di fissare un ragionevole limite all'obbligo di cooperazione del datore di lavoro, che, anche in sede di giustificazione del recesso dal rapporto di lavoro col dipendente divenuto disabile, in tanto sarà tenuto all'adozione della misura di adattamento in quanto questa non comporti un onere sproporzionato. E non c'è dubbio che nel caso in cui si attribuisse all'art. 1, co. 7, della legge n. 68 del 1999 il significato di imporre un obbligo incondizionato di conservazione del posto ad un lavoratore che sia, in ipotesi, diventato del tutto inutilizzabile nell'organizzazione aziendale, sia pure in mansioni diverse da quelle originarie, si arriverebbe – nella stessa ottica del legislatore europeo – ad un tale (irragionevole) esito.

D'altra parte, è ancora la direttiva comunitaria a ribadire – fatto salvo l'obbligo di prevedere misure appropriate per i disabili – che dalla stessa non deriva, tra gli altri, l'obbligo al mantenimento dell'occupazione in favore “di un individuo non competente, non capace o non disponibile ad effettuare le funzioni essenziali del lavoro in questione” (così il diciassettesimo *considerando*).

Si deve pertanto ritenere, come già prospettato in altra occasione³⁷⁶, che l'art. 4, co. 4, contenga – ed esaurisca – il “profilo applicativo”³⁷⁷ della regola posta dall'art. 1, co. 7, nel senso che l'obbligo della conservazione del posto del lavoratore divenuto disabile per infortunio o malattia (anche di origine professionale) si arresta laddove non sia possibile adibire il prestatore a mansioni equivalenti o, in mancanza, inferiori (comunque con diritto al mantenimento del trattamento retributivo) nell'ambito della esistente organizzazione aziendale, con rigoroso onere della prova sugli stringenti presupposti di legittimità del licenziamento in capo al datore di lavoro secondo i comuni principi³⁷⁸.

Con il combinato disposto degli artt. 1, co. 7, e 4, co. 4, il legislatore ha invero codificato e perfezionato i risultati già acquisiti dalla giurisprudenza di legittimità, nel vigore della legge n. 482 del 1968, con la nota sentenza n. 7755 del 1998 delle Sezioni Unite³⁷⁹; risultati che si sono compiutamente stabilizzati in questi anni, con riguardo alla disciplina previgente³⁸⁰, anche grazie alla scelta razionalizzante nel frattempo compiuta dalla legge n. 68 del 1999. Già le Sezioni Unite della Cassazione avevano infatti affermato il principio di diritto per cui la sopravvenuta infermità permanente, e la conseguente impossibilità della prestazione lavorativa, in quanto giustificato motivo oggettivo di licenziamento *ex art. 3*, legge n. 604 del 1966 (qui in combinazione con gli artt. 1463 e 1464 Cod. Civ.), non è ravvisabile nella sola ineseguibilità dell'attività attualmente svolta dal

³⁷⁵ È ancora M. BARBERA, *op. ult. cit.*, pag. 104, a chiarire che “l'obbligo di provvedere ad una soluzione ragionevole, previsto come difesa specifica nei casi di discriminazione indiretta, per i quali la giustificazione è ammessa, retroagisce a elemento della comparazione nei casi di discriminazione diretta”.

³⁷⁶ Cfr. S. GIUBBONI, *Il licenziamento*, cit., pag. 293 e segg.

³⁷⁷ S. CENTOFANTI, *Il licenziamento*, cit. pag. 187; analogamente F. BIANCHI D'URSO e G. VIDIRI, *Luci ed ombre sulla nuova disciplina delle assunzioni obbligatorie*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2000, pag. 722 e segg., spec. pag. 732, che parlano di “momento applicativo”.

³⁷⁸ Per ampi ragguagli sulla elaborazione giurisprudenziale dei quali v., da ultimo, L. CALCATERRA, *La giustificazione causale del licenziamento per motivi oggettivi*, in R. DE LUCA TAMAJO, F. BIANCHI D'URSO (a cura di), *I licenziamenti individuali e collettivi nella giurisprudenza della Cassazione*, Milano, 2006, pag. 47 e segg., spec. pag. 86 segg.

³⁷⁹ Cass., Sez. Un., 7 agosto 1998, n. 7755, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1999, II, pag. 170 e segg., con commento di G. PERA, *Della licenziabilità o no del lavoratore divenuto totalmente disabile*.

³⁸⁰ V. ad es., tra le tante, Cass., sez. lav., 22 agosto 2003, n. 12362.

prestatore, ma può essere esclusa dalla possibilità di altra attività riconducibile – alla stregua di un'interpretazione del contratto secondo buona fede – alle mansioni attualmente assegnate o a quelle equivalenti ex art. 2103 Cod. Civ. ovvero, ove ciò sia impossibile, a mansioni inferiori, sempre che detta attività sia utilizzabile nell'impresa secondo l'assetto organizzativo insindacabilmente stabilito dall'imprenditore.

La legge n. 68 ha quindi sostanzialmente codificato l'*acquis* giurisprudenziale, con il quale a ben vedere le stesse Sezioni Unite della Cassazione – superando il precedente, contrario orientamento della giurisprudenza maggioritaria³⁸¹ – non avevano fatto altro che generalizzare l'obbligo del *repêchage* (e dunque il principio della *extrema ratio*), rilevante quale presupposto di legittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo³⁸², sia pure estendendolo – a garanzia del lavoratore divenuto disabile – all'obbligo di proporre il reimpiego anche in mansioni inferiori³⁸³. Il legislatore, peraltro, ha rafforzato la tutela del lavoratore disabile, prevedendo espressamente che questi – a differenza di quanto si poteva desumere sulla base del nuovo corso giurisprudenziale delle Sezioni Unite³⁸⁴ – ha diritto di conservare in ogni caso il pregresso e più favorevole trattamento retributivo, che quindi resta salvo anche in caso di adibizione a mansioni inferiori.

Se è corretta l'interpretazione sin qui argomentata, non può allora neppure essere accolta, della norma in commento, la lettura che – pur condividendo la insostenibilità della tesi della conservazione incondizionata e “non temperata” del posto di lavoro – assegna al precetto di cui all'art. 1, co. 7, legge n. 68 del 1999 una autonoma valenza rafforzativa della regola dettata dall'art. 4, co. 4, con riferimento ai lavoratori che divengano inabili in conseguenza di infortunio o malattia. Secondo tale tesi, in qualche modo intermedia rispetto a quelle sin qui discusse, anche a voler ammettere che il disposto dell'art. 4, co. 4, valga pure per i lavoratori divenuti disabili successivamente all'assunzione in conseguenza di infortunio sul lavoro o malattia professionale, ciò non escluderebbe la possibilità di individuare, nella previsione dell'art. 1, co. 7, “un autonomo spazio di tutela”, il quale consisterebbe precisamente in ciò, che laddove detti prestatori possano essere

³⁸¹ Su tale superato orientamento restrittivo v., anche per i necessari richiami, S. BRUN, *Giustificato motivo oggettivo di licenziamento e sindacato giudiziale*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, n. 26 del 2002, pag. 131 e segg., spec. pag. 157. Il diverso indirizzo accolto dalle Sezioni Unite e poi legislativamente recepito con la regola posta dall'art. 4 della legge n. 68 del 1999, era stato anticipato da due importanti pronunce della Suprema Corte: v. Cass., sez. lav., 3 luglio 1997, n. 5961, in *Mass. Giur. Lav.*, 1997, pag. 437, con nota critica di P. SCOGNAMIGLIO, e Cass., sez. lav., 23 agosto 1997, n. 7908, *ivi*, pag. 871, con commento contrario di A. RICCARDI, *Impossibilità della prestazione lavorativa per inidoneità fisica; licenziamento; onere del “repêchage”*.

³⁸² In questo senso, tra gli altri, L. CALCATERRA, *La giustificazione causale*, cit., pag. 61.

³⁸³ Secondo l'indirizzo prevalente, il datore di lavoro ha l'obbligo di proporre l'adibizione a mansioni compatibili, anche inferiori, ferma restando – in tale ultima ipotesi – la necessità di acquisire il consenso del lavoratore. Ne consegue che il datore di lavoro deve giustificare il licenziamento fornendo la prova anche dell'impossibilità di assegnare al lavoratore mansioni non equivalenti nel solo caso in cui questi abbia in qualunque forma manifestato la disponibilità ad accettarle: v. Cass., sez. lav., 5 agosto 2000, n. 10339; Cass., sez. lav., 28 settembre 2006, n. 21035. Potrebbe semmai osservarsi come ora, nella sua formulazione letterale, l'art. 4, co. 4, legge n. 68 del 1999, pur presupponendo il consenso del lavoratore alla retrocessione professionale tutelata, esiga in ogni caso che il datore dia la prova della impossibilità di adibire a mansioni equivalenti od anche inferiori, quale specifica e qualificata condizione di legittimità del recesso in via di *extrema ratio*.

³⁸⁴ V. Trib. Milano, 11 gennaio 2000, in *Lav. Giur.*, 2000, p. 469, e, in dottrina, G. LUDOVICO, *L'onere datoriale del repêchage e la sopravvenuta inidoneità del lavoratore nell'interpretazione delle Sezioni Unite della Cassazione*, in *Orient. Giur. Lav.*, 1999, pag. 196 e segg., spec. pagg. 216-217.

effettivamente adibiti a mansioni equivalenti od inferiori, gli stessi “saranno tutelati da una stabilità più intensa di quella dell’art. 18, legge 20 maggio 1970, n. 300, con conseguente loro illicenziabilità per giustificato motivo oggettivo o per riduzione di personale”³⁸⁵. In ipotesi di mantenimento in servizio in mansioni equivalenti o inferiori, detti lavoratori, dunque, da un lato non potrebbero in nessun caso essere licenziati per giustificato motivo oggettivo e, dall’altro, in presenza di una riduzione di personale *ex art. 24*, legge n. 223 del 1991, non potrebbero essere legittimamente inclusi nelle liste, anche oltre quanto disposto dall’art. 10 della stessa legge n. 68 del 1999.

Per quanto indubbiamente suggestiva, la tesi in esame non appare, tuttavia, persuasiva. Da un lato, essa finisce per trasferire al rapporto dell’art. 1, co. 7, con l’art. 10 una inversione logica a ben vedere non diversa da quella che la tesi della irrecedibilità assoluta erroneamente riferisce al rapporto della medesima disposizione con l’art. 4, co. 4, della legge. Si attribuisce, cioè, all’art. 1, co. 7, una portata specificativa, in questo caso della regola contenuta nell’art. 10 (più in particolare al quarto comma), che la generica enunciazione del principio della conservazione del posto per chi sia divenuto disabile in conseguenza di infortunio sul lavoro o malattia professionale evidentemente non può avere. Cosicché, anche in questo caso il rapporto fra le norme sembra dover essere correttamente ricostruito nel senso che è semmai l’art. 10 a specificare il contenuto dell’art. 1, co. 7, e non viceversa, con la conseguenza che i limiti – peraltro assai stringenti³⁸⁶ – posti al licenziamento per giustificato motivo oggettivo ovvero a quello per riduzione di personale saranno quelli – e solo quelli – stabiliti (o ricavabili in via analogica) dal 4° comma della prima disposizione, che una lettura razionalizzatrice induce perciò in via di principio a riferire sia ai lavoratori assunti obbligatoriamente sia ai prestatori divenuti disabili nel corso del rapporto per infortunio o malattia, quantomeno laddove questi ultimi siano computabili nella quota d’obbligo ai sensi dell’art. 4, co. 4³⁸⁷.

D’altro lato, la tesi qui criticata propone una differenziazione degli statuti protettivi del lavoratore disabile in caso di licenziamento per motivi economici, che oltre a forzare il dato letterale della legge, non riesce, in realtà, a trovare una congrua giustificazione, finendo così per riaprire – sia pure su un diverso versante – problemi di costituzionalità non meno pregnanti di quelli posti dalla criticata lettura “assolutizzante” dell’art. 1, co. 7. Onde deve preferirsi una interpretazione diretta a restituire al dato normativo un significato il più possibile unitario, estendendo, tutte le volte che lo richieda la *eadem ratio*, anche ai casi di disabilità sopravvenuta le disposizioni che la legge riferisce formalmente, con l’art. 10, ai soli lavoratori assunti obbligatoriamente³⁸⁸.

Concludendo sui limiti posti dalla legge al licenziamento dei lavoratori divenuti disabili nel corso del rapporto, occorre perciò ritenere che la regola di cui all’art. 4, co. 4, delimiti sempre i concreti contenuti applicativi del principio stabilito dall’art. 1, co. 7, riferendosi ad ogni causa di sopravve-

³⁸⁵ Così S. CENTOFANTI, *Il licenziamento*, cit., p. 188 (e già prima id., “*Conservazione del posto*”, cit., pag. 206 e segg.).

³⁸⁶ V. *infra*, al § 4.

³⁸⁷ Sui limiti fissati dalla legge alla computabilità nella quota obbligatoria dei lavoratori divenuti invalidi nel corso del rapporto v., tra gli altri, A. MARESCA, *Rapporto di lavoro dei disabili e assetto dell’impresa*, in M. CINELLI, P. SANDULLI (a cura di), *Diritto al lavoro dei disabili*, cit., pag. 27 segg., specialmente pagg. 49-50.

³⁸⁸ Per un problematico spunto in tal senso v. anche A. TURSI, *La nuova disciplina*, cit., pagg. 750-751.

nuta invalidità, vuoi di tipo professionale vuoi di natura extraprofessionale. L'obbligo del ripescaggio, anche in mansioni inferiori, già enucleato dalla giurisprudenza, fissa dunque i confini della tutela contro il licenziamento – facendone una “figura [...] residuale”³⁸⁹, attivabile solo in via d'*extrema ratio*³⁹⁰ – anche nel caso in cui la invalidità sopravvenuta derivi da infortunio sul lavoro o malattia professionale, senza che sia possibile attribuire all'art. 1, co. 7, legge n. 68 del 1999 un autonomo significato ulteriormente rafforzativo di una tutela che risulta senz'altro idonea a garantire – in un'ottica (ed entro limiti) di ragionevole bilanciamento degli interessi – la “conservazione del posto” del disabile.

3. Il licenziamento del lavoratore assunto come disabile a seguito di aggravamento delle condizioni di salute o di significative variazioni della organizzazione del lavoro.

Come si è già accennato, la legge n. 68 del 1999 completa la speciale disciplina del licenziamento del lavoratore disabile con le previsioni contenute nel suo art. 10. Il terzo comma della disposizione – espressamente riferito ai soli lavoratori originariamente assunti come disabili in quota d'obbligo – contempla, in particolare, due diverse ipotesi.

La prima ipotesi – che potremmo chiamare “soggettiva”³⁹¹, in quanto attivata *ex parte subiecti* su richiesta del lavoratore – si verifica allorché sia per l'appunto il prestatore disabile, che ritenga le mansioni affidategli incompatibili con l'aggravamento del suo stato di salute, a chiedere che detta situazione venga accertata dalla Commissione prevista dall'art. 4 della legge n. 104 del 1992. E lo stesso accertamento di compatibilità delle mansioni affidategli col suo stato di salute il lavoratore può altresì chiedere in caso di significative variazioni dell'organizzazione del lavoro.

Nella seconda ipotesi, la richiesta di accertamento della utilizzabilità in azienda del lavoratore disabile in condizioni compatibili con le sue minorazioni – negli stessi casi di aggravamento delle condizioni di salute del prestatore ovvero di significative variazioni dell'organizzazione produttiva – è invece proposta alla predetta Commissione dal datore di lavoro.

Il procedimento che si apre nelle due ipotesi è lo stesso, ma è ovvio che le finalità sono – nei due casi – assai diverse. Nella prima, il lavoratore che evidentemente aspiri a farsi assegnare nuove mansioni compatibili col suo stato di salute farà bene a premurarsi che queste esistano e siano disponibili nella organizzazione produttiva data, che cioè si diano effettivamente all'interno dell'organigramma aziendale in essere. Nell'ipotesi ora considerata, infatti, come è stato efficacemente notato, il procedimento così attivato “ha un senso favorevole per il lavoratore solo ove egli sia sicuro dell'esistenza di altri posti di lavoro nell'organizzazione aziendale compatibili con il suo stato di salute, poiché solo in tal caso l'accertamento della Commissione potrà determinare

³⁸⁹ L. TOSATO, *Il lavoro dei disabili*, cit., pag. 248.

³⁹⁰ In tal senso anche P. LAMBERTUCCI, *Le discipline speciali*, cit., pag. 418, che giustamente ricorda anche la previsione, pure contenuta nell'art. 4, co. 4 (ultimo periodo), legge n. 68 del 1999, secondo la quale il lavoratore così licenziato viene avviato dagli uffici presso altre imprese in mansioni compatibili con le residue capacità lavorative, senza inserimento in graduatoria e dunque secondo un circuito preferenziale di avviamento, che completa – sul piano occupazionale – la tutela del “posto di lavoro” complessivamente prefigurata dalla legge.

³⁹¹ Con L. TOSATO, *op. cit.*, pag. 246.

le condizioni per l'insorgenza di un obbligo del datore di adibirlo a tali diverse mansioni³⁹².

Lo scopo del datore di lavoro che avvia il procedimento sarà per contro quello di ottenere dalla Commissione l'accertamento³⁹³ della impossibilità di continuare ad utilizzare il lavoratore nella compagine aziendale in mansioni compatibili col suo stato di salute, al fine di procedere al licenziamento. Senonché, in questo caso, come anche nel primo (laddove l'accertamento dia esiti sfavorevoli al lavoratore che pure l'abbia richiesto), al licenziamento si potrà validamente pervenire solo ove siano soddisfatte le condizioni, procedurali e sostanziali, contemplate dallo stesso art. 10, co. 3 (seconda parte), della legge n. 68 del 1999.

Qualora si riscontri una condizione di aggravamento che sia incompatibile con la prosecuzione dell'attività lavorativa ovvero tale incompatibilità sia accertata con riferimento alla variazione dell'organizzazione del lavoro, è infatti innanzi tutto previsto che il disabile abbia diritto alla sospensione del rapporto di lavoro sino a che detta situazione persista, con possibilità di impiegare il lavoratore in tirocini formativi. L'esito risolutivo del rapporto viene dunque quantomeno differito – ma auspicabilmente scongiurato grazie ad una specifica attività di riqualificazione professionale del lavoratore³⁹⁴ – attraverso lo strumento della sospensione, sia pure non retribuita, come stabilisce esplicitamente (e assai discutibilmente) la legge³⁹⁵.

Sul piano sostanziale, l'art. 10, co. 3, prevede, poi, che, all'esito della sospensione, il rapporto di lavoro possa essere risolto nel caso in cui, anche attuando i possibili adattamenti dell'organizzazione del lavoro, la su indicata Commissione accerti la definitiva impossibilità di reinserire il lavoratore all'interno dell'azienda. La disposizione presenta qualche margine di ambiguità, laddove si limita a prevedere – almeno nella sua formulazione letterale – i detti adattamenti organizzativi in termini di “possibilità”, e non di obbligo. Occorre tuttavia ritenere³⁹⁶ che sussista un vero e proprio obbligo di cooperazione del datore di lavoro – esteso non solo agli adattamenti propriamente

³⁹² S. CENTOFANTI, *Il licenziamento*, cit., pag. 181.

³⁹³ Trattasi, come è ovvio, di accertamento tecnico-amministrativo che non vincola in alcun modo il giudice chiamato a valutare la legittimità del licenziamento eventualmente disposto dal datore di lavoro sulla sua base. Il giudice – che come si dirà meglio nel testo deve in ogni caso sindacare la validità del licenziamento alla luce del principio della *extrema ratio* – apprezzerà liberamente i contenuti dell'accertamento della Commissione e, verosimilmente, provvederà comunque a disporre una distinta valutazione medica e tecnica della vicenda controversa.

³⁹⁴ Anche se la norma contempla solo la possibilità dello svolgimento di tirocini formativi e nulla dispone per il resto in ordine a eventuali percorsi di riqualificazione professionale del lavoratore disabile, occorre ritenere che sia coerente con la sua *ratio* estendere l'obbligo di cooperazione del datore di lavoro ad una specifica attività di riqualificazione del prestatore medesimo. Come è noto, la giurisprudenza prevalente formatasi sull'art. 3 della legge n. 604 del 1966 esclude, in linea generale, un siffatto obbligo (cfr. di recente L. CALCATERRA, *La giustificazione causale*, cit., pag. 92), ma questo sembra desumibile – nel caso di specie – sia dalla previsione dello stesso art. 10, co. 3, della legge in ordine agli adattamenti dell'organizzazione del lavoro, sia – verosimilmente – da una corretta valorizzazione dell'obbligo di adottare soluzioni ragionevoli in favore del disabile di cui all'art. 5 della direttiva 2000/78/CE (v. *infra* nel testo).

³⁹⁵ L'esplicita esclusione di un obbligo retributivo in capo al datore di lavoro costituisce un sicuro limite di operatività dell'istituto ed una carenza di tutela di cui è stata giustamente posta in dubbio la ragionevolezza rispetto ai principi generali, con sospetto di “violazione dell'art. 3, oltre che degli artt. 4 e 36 Cost.” (così S. CENTOFANTI, *op. ult. cit.*, pag. 182). Meno convincente, invece, di fronte al chiaro tenore letterale della norma, è che un recupero dell'obbligo di retribuire possa essere ricostruito applicando alla fattispecie i principi generali in tema di *mora accipiendi* del datore di lavoro (cfr. ancora *ivi*, pag. 181).

³⁹⁶ Con A. TURSI, *La nuova disciplina*, cit., pag. 752 (che parla peraltro di onere), e correggendo così quanto a suo tempo sostenuto in S. GIUBBONI, *Il licenziamento*, cit., pag. 298.

organizzativi ma, come si è accennato, anche alle attività di riqualificazione professionale del soggetto, che in senso lato sembrano poter essere ascritti all'ampio concetto impiegato dal legislatore – e che l'adempimento secondo buona fede di detto obbligo condizioni la legittimità del recesso, che assume perciò, anche in questo caso, il carattere di misura adottabile solo in via di *extrema ratio*³⁹⁷.

L'uso dell'aggettivo "possibili", con il quale il legislatore qualifica l'obbligo di procedere ai detti "adattamenti dell'organizzazione del lavoro", non è allora sinonimo di "facoltà", ma ha il diverso significato di ribadire il limite generale utilizzato dal legislatore, in linea a ben vedere con quanto poi stabilito dalla direttiva 2000/78/CE, come criterio di bilanciamento degli interessi in rilievo. In questo senso, in tanto gli adattamenti saranno possibili, in quanto non comportino un aggravio eccessivo dei costi³⁹⁸ ovvero non esigano una modifica sostanziale degli assetti organizzativi insindacabilmente stabiliti dall'imprenditore entro la sfera di libertà allo stesso riservata dall'art. 41 Cost.³⁹⁹; con una sostanziale convergenza di impostazione – ci sembra – rispetto all'obbligo di adottare soluzioni ragionevoli previsto dall'art. 5 della direttiva.

Quanto suggerito consente anche di risolvere coerentemente in via interpretativa il problema della mancata esplicita estensione – ai casi considerati – dell'obbligo di *repêchage* previsto dalla legge, in modo espresso, solo con riguardo alle fattispecie di disabilità sopravvenuta e non originaria. La apparente diversità di trattamento tra i due casi può essere invero superata in via di interpretazione sistematica (o forse adeguatrice, visto che diversamente si porrebbero indubbi problemi di legittimità costituzionale dell'art. 10, co. 3), considerando riferibile anche alle fattispecie ora considerate la regola posta dall'art. 4, co. 4, della legge. Vale dunque anche qui la regola alla cui stregua solo nel caso in cui non sia possibile adibire a mansioni equivalenti o, in mancanza, anche inferiori, purché ovviamente compatibili con le condizioni di salute del soggetto, si potrà procedere al licenziamento del lavoratore disabile⁴⁰⁰.

Si recupera in tal modo, ovviando in via interpretativa alle innegabili imperfezioni tecniche della legge, che difetta del necessario raccordo (anche) tra gli artt. 4 e 10, una lettura unitaria e siste-

³⁹⁷ In tal senso v. pure Cass., sez. lav., 17 luglio 2002, n. 10347, laddove si precisa che l'art. 10, co. 3, della legge n. 68 del 1999, in caso di aggravamento delle condizioni di salute, consente che il rapporto di lavoro possa "essere risolto (*solo*) nel caso in cui, anche attuando i possibili adattamenti dell'organizzazione del lavoro, la predetta commissione accerti la definitiva impossibilità di reinserire il disabile all'interno dell'azienda" (corsivo aggiunto).

³⁹⁸ Così, esattamente, L. TOSATO, *Il lavoro dei disabili*, cit., pagg. 247-248.

³⁹⁹ In senso conforme pure F. BIANCHI D'URSO e G. VIDIRI, *Luci ed ombre*, cit., pag. 733, alla nota 55, secondo cui, alludendo agli adattamenti "possibili", il legislatore intende riferirsi a quelli "compatibili non solo con le esigenze organizzative ma anche con le disponibilità finanziarie dell'impresa". È utile ricordare che l'onere gravante sul datore di lavoro ex art. 2, legge n. 482 del 1968 (come anche in base alla nuova legge), di individuare nell'ambito organizzativo aziendale mansioni compatibili con la condizione psico-fisica dell'invalido, può comportare anche una redistribuzione delle mansioni già affidate ai lavoratori presenti in azienda, senza che tuttavia ciò possa esigere di "apportare sostanziali modifiche all'organizzazione produttiva" (Corte d'Appello di Firenze, 8 settembre 2001, in *D&L - Riv. Critica Dir. Lav.*, 2002, pag. 349, con nota di TOGNAZZI).

⁴⁰⁰ Nel senso della piena sussistenza anche nelle ipotesi di cui all'art. 10, co. 3, dell'obbligo di *repêchage*, inclusivo del "demansionamento tutelato", v. ancora A. TURSI, *op. cit.*, pag. 753; S. CENTOFANTI, *Il licenziamento*, cit., pagg. 183 e 188, e, in giurisprudenza, la già citata Cass. n. 10347 del 2002. Avevo invece sostenuto la opinione contraria in S. GIUBBONI, *op. loc. ult. cit.*, in coerenza con la tesi – ora abbandonata – della mera facoltatività degli adattamenti organizzativi; in questo senso si era espresso anche D. GAROFALO, *Disabili e lavoro. Profilo soggettivo*, in *Dir. Prat. Lav., Inserto* del n. 37 del 1999, sul punto pag. XXVIII.

matica del dato normativo volta a garantire il medesimo *standard* di tutela a situazioni che appaiono sostanzialmente comparabili, tali essendo quelle di chi sia colpito da una invalidità sopravvenuta in conseguenza di infortunio o malattia (professionale o meno) e di chi – disabile già al momento della assunzione in quota d'obbligo – subisca un aggravamento delle sue condizioni di salute o si veda "spiazzato" da significative variazioni dell'organizzazione del lavoro.

4. I limiti al licenziamento collettivo ed a quello per giustificato motivo oggettivo.

Innovativa e decisamente più vincolistica rispetto alle previsioni previgenti è, infine, l'ultima disposizione dettata dall'art. 10 della legge n. 68 del 1999, nel già evocato comma 4°, in tema, segnatamente, di recesso per giustificato motivo oggettivo e di licenziamento per riduzione di personale o di collocamento in mobilità. La disposizione stabilisce, infatti, che nei detti casi di licenziamenti per motivi economici esercitati nei confronti di lavoratori occupati obbligatoriamente⁴⁰¹, i negozi di recesso sono annullabili qualora, al momento della cessazione del rapporto, "il numero dei rimanenti lavoratori occupati obbligatoriamente sia inferiore alla quota di riserva" prevista all'art. 3 della legge.

La norma inasprisce in primo luogo la condizione di legittimità del licenziamento collettivo già prevista dalla disciplina preesistente⁴⁰², dal momento che quest'ultima – a differenza di quella ora in vigore – si limitava a imporre il rispetto della proporzione, tra soggetti protetti e non, con riferimento al dato esistente in concreto in azienda prima del licenziamento, "a prescindere da eventuali precedenti inadempienze della normativa sul collocamento obbligatorio, che non si pretendeva fossero sanate nella occasione"⁴⁰³. La legge si limitava infatti a chiedere che il numero di invalidi assunti obbligatoriamente, assoggettati alla riduzione di personale, non superasse le percentuali previste dalla legge n. 482 del 1968: da cui il corollario che l'eventuale scopertura della quota d'obbligo all'esito del licenziamento collettivo non fosse idonea ad inficiare la validità dello stesso⁴⁰⁴.

Oggi non è più così, dal momento che – come chiaramente stabilito dal comma 4° dell'art. 10 –

⁴⁰¹ Tra i destinatari della norma in esame rientrano senza dubbio anche i lavoratori divenuti disabili in corso di rapporto per infortunio o malattia, allorché siano computabili nella quota obbligatoria secondo le rigorose previsioni di cui all'art. 4, co. 4, della legge n. 68 del 1999. Ma per quanto argomentato *supra*, al § 3, si deve ritenere che la norma valga più in generale a disciplinare i limiti di esercizio del potere di recesso nell' "interesse dell'impresa" nei confronti del lavoratore disabile, originario o sopravvenuto, non potendosi ritenere fondata la tesi che individua nell'art. 1, co. 7, della legge un divieto assoluto di licenziare collettivamente o per giustificato motivo oggettivo i prestatori divenuti disabili in conseguenza di infortunio sul lavoro o malattia professionale.

⁴⁰² Cfr. l'art. 9, ultimo comma, della legge n. 79 del 1983, richiamato dall'art. 5, co. 2, della legge n. 223 del 1991.

⁴⁰³ A. VALLEBONA, *La nuova disciplina*, cit., pag. 481; v. pure F. BIANCHI D'URSO e G. VIDIRI, *Luci ed ombre*, cit., pag. 737, che sembrano peraltro riferire la regola anche all'assetto normativo ora in vigore, in termini che non possono tuttavia essere condivisi per quanto si dirà tra un momento nel testo.

⁴⁰⁴ In giurisprudenza v. ad es. Cass., sez. lav., 14 maggio 1998, n. 4886, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1999, II, pag. 385 con nota di D. CAGETTI, *Licenziamento collettivo e lavoratori invalidi assunti in regime di collocamento obbligatorio*, secondo cui "il licenziamento collettivo per riduzione di personale può estendersi ai lavoratori assunti nelle forme del collocamento obbligatorio, anche se per effetto del provvedimento l'aliquota di posti ad essi riservata per legge rimanga scoperta; il riferimento, contenuto nella disposizione dell'art. 9, 2° comma, legge n. 79 del 1983 (richiamata dall'art. 5, 2° comma, legge n. 223 del 1991), alle quote previste dalla legge n. 482 del 1968 non assicura all'esito del licenziamento la proporzione tra lavoratori assunti obbligatoriamente e personale occupato, perché si riferisce solo alle percentuali del numero dei soggetti protetti da includere nel licenziamento collettivo". In dottrina, sempre con riguardo alla disciplina preesistente, v. inoltre L. TOSATO, *Il lavoro dei disabili*, cit., pagg. 249-250; P. LAMBERTUCCI, *Le discipline speciali*, cit., pag. 427, nota 69.

“è sufficiente ad inficiare la validità del licenziamento la mera carenza dei disabili occupati rispetto alla quota di riserva che si riscontri al momento del licenziamento”⁴⁰⁵. Se il saldo “in uscita”⁴⁰⁶ (ovvero all’esito della riduzione di personale) dei lavoratori disabili che rimangono occupati è inferiore alla quota d’obbligo, il licenziamento è – oggi – senz’altro annullabile.

Ma il vincolo più pesante riguarda – come è evidente – il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo. Ed invero, mentre nel caso del recesso *ex art. 4 o 24* della legge n. 223 del 1991 sarà in principio comunque possibile far cadere la scelta su soggetto diverso dal lavoratore protetto dal regime delle quote, nel caso del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, in particolare nell’evenienza in cui la soppressione del posto riguardi la posizione occupata dal disabile, il limite stabilito dall’art. 10, co. 4, legge n. 68 del 1999 finisce per vanificare il potere di recesso del datore, imponendogli sostanzialmente di mantenere in servizio in soprannumero il prestatore di lavoro. In un caso del genere, infatti, al datore di lavoro non è consentito, *ex art. 3* della legge n. 604 del 1966, spostare la selezione su altro lavoratore non protetto⁴⁰⁷, risolvendosi pertanto il limite “esterno” posto dall’art. 10, co. 4, in un vero e proprio vincolo di irrecidibilità per motivi oggettivi dal rapporto di lavoro col prestatore disabile.

La scelta in tal senso compiuta dal legislatore è stata giustamente criticata in dottrina, dal momento che – almeno nelle ipotesi testé prese in considerazione – il datore di lavoro viene sostanzialmente spogliato della prerogativa, ritenuta tradizionalmente coesistente alla libertà di iniziativa economica garantita dall’art. 41, co. 1, Cost., di determinare nel modo ritenuto più opportuno e conveniente le dimensioni, anche occupazionali, della azienda⁴⁰⁸. Di qui i fondati dubbi di legittimità costituzionale della disposizione⁴⁰⁹, almeno nella parte in cui i suoi esiti applicativi dovessero concretamente “azzerare” detta libertà.

Non sembrano invero idonei a fugare detti dubbi i tradizionali rilievi sulla necessità di bilanciare, nella specie, la libertà di iniziativa economica con i principi posti dagli artt. 4 e 38, co. 3, Cost., né sembra pertinente l’osservazione che – nella sistematica della legge n. 68 del 1999 – si dà comunque per “scontata” la possibilità di un’assunzione in soprannumero in sede di avviamento obbligatorio del lavoratore disabile.

È vero, infatti, che una tale evenienza è esplicitamente contemplata dall’art. 3 della legge, che nel consentire che l’obbligo di richiesta di avviamento scatti in caso di nuove assunzioni soltanto per

⁴⁰⁵ A. MARESCA, *Rapporto di lavoro dei disabili*, cit., pag. 68.

⁴⁰⁶ Per questa terminologia A. LASSANDARI, *Il licenziamento discriminatorio*, in F. CARINCI (a cura di), *Il lavoro subordinato*, tomo III, *Il rapporto individuale di lavoro: estinzione e garanzie dei diritti*, coordinato da S. MAINARDI, vol. XXIV del *Trattato di diritto privato* diretto da M. BESSONE, Torino, 2007, pag. 151 e segg., spec. pag. 179.

⁴⁰⁷ Diverso il caso di licenziamento plurimo per giustificato motivo oggettivo, allorché si tratti ad esempio di fronteggiare una non transeunte riduzione dei livelli di attività con una riduzione del personale. In un caso del genere possono infatti valere le osservazioni appena compiute con riguardo alle ipotesi di licenziamento collettivo, in coerenza del resto con quella giurisprudenza che estende a tale fattispecie – vuoi in base alla *analogia legis* vuoi, soprattutto, in base ai principi di correttezza e buona fede contrattuale – i criteri di scelta dei licenziandi di cui all’art. 5 della legge n. 223 del 1991 (cfr. ad es. Cass., sez. lav., 11 giugno 2004, n. 11124).

⁴⁰⁸ Basti qui richiamare solo il classico studio di G. PERA, *La cessazione del rapporto di lavoro*, Padova, 1980, specialmente cap. VIII.

⁴⁰⁹ Cfr. tra gli altri A. MARESCA, *Rapporto di lavoro dei disabili*, cit., pag. 69; A. VALLEBONA, *La nuova disciplina*, cit., pag. 480, nonché – *si vis* – S. GIUBBONI, *Il licenziamento*, cit., pag. 301.

i datori di lavoro privati che occupano da 15 a 35 dipendenti (co. 2) e per i partiti politici, le organizzazioni sindacali e quelle che operano nel campo della solidarietà sociale, dell'assistenza e della riabilitazione (co. 3), negli altri casi presuppone, per converso, che l'assunzione del disabile debba avvenire anche in soprannumero, *i. e.* al solo fine di coprire la quota di riserva⁴¹⁰. Sennonché, è pure vero che quella testé considerata è ipotesi diversa da quella cui dà luogo la prospettata applicazione dell'art. 10, co. 3, ipotesi nella quale esiste ancora un margine di bilanciamento tra i principi costituzionali in rilievo, visto che anche il lavoratore avviato in soprannumero potrebbe comunque trovare un utile inserimento nell'assetto organizzativo dell'impresa. Nel prospettato caso di applicazione dell'art. 10, co. 3, "la situazione che, invece, può realizzarsi con il predetto divieto di licenziamento del disabile è proprio quella della assoluta inutilizzabilità del dipendente"⁴¹¹, con totale, ingiustificato sacrificio dell'interesse protetto dall'art. 41, co. 1, Cost.

5. La funzione di chiusura della tutela antidiscriminatoria.

Dal quadro che si è tentato di delineare sinteticamente nelle pagine precedenti emerge un robusto apparato di tutele in favore del lavoratore disabile, centrato sul modello tradizionale del garantismo rigido ed in particolare – per quanto interessa in questa sede – sulla forte compressione dei poteri datoriali di recesso attraverso la tecnica regolativa classica della norma inderogabile. La legge n. 68 del 1999 – che pure si apre a prospettive di tutela fortemente innovative, improntate a moduli di carattere flessibile, promozionale, incentivante (si pensi in primo luogo al collocamento mirato)⁴¹² – per questa parte si situa senza dubbio nel solco della disciplina già dettata dalla legge del 1968, dalla quale, soprattutto in tema di licenziamento, riprende ed aggiorna i principali istituti essenzialmente nella direzione di un rafforzamento – in certi casi sin troppo marcato, come visto – delle forme di garanzia in favore del lavoratore disabile.

Dalla legge n. 482 del 1968 la nuova disciplina del diritto al lavoro dei disabili riprende, del resto, anche la tradizionale formulazione della regola che impone al datore di garantire ai lavoratori assunti in base ad essa – in condizioni di piena parità – il trattamento economico e normativo previsto dalle leggi e dai contratti collettivi⁴¹³, mantenendo perciò "nell'alveo dei normali contratti di lavoro il rapporto instaurato obbligatoriamente"⁴¹⁴.

⁴¹⁰ Cfr. sul punto A. MARESCA, *op. cit.*, pag. 54. Un'ulteriore conferma può essere in buona sostanza ricavata dall'art. 18, co. 1, della legge n. 68 del 1999, che obbliga a mantenere in servizio i soggetti già assunti ai sensi delle previgenti norme sul collocamento obbligatorio anche se superano il numero di unità da occupare in base alle nuove aliquote di legge. Anche se è da dire come, a rigore, si tratti piuttosto di una specificazione del divieto di discriminazione dei lavoratori disabili, visto che il licenziamento che venisse disposto sol perché gli stessi risultano eccedere la quota d'obbligo non potrebbe non considerarsi discriminatorio ai sensi dell'art. 2 del D. Lgs. n. 216 del 2003 (v. anche *infra*, al § seguente).

⁴¹¹ *Ivi*, pag. 69.

⁴¹² Di "una nuova pagina" aperta dalla legge n. 68 del 1999 con l'introduzione del "fondamentale concetto di collocamento mirato", parla giustamente D. IZZI, *Eguaglianza e differenze nel rapporto di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Napoli, 2005, pag. 377. Il giudizio andrebbe probabilmente temperato alla luce degli effettivi risultati applicativi dell'istituto, non sempre – e soprattutto non dovunque – all'altezza delle aspettative suscitate: v. MINISTERO DEL LAVORO E DELLE POLITICHE SOCIALI, *Norme per il diritto al lavoro dei disabili. Seconda Relazione al Parlamento sullo stato di attuazione della Legge 12 marzo 1999, n. 68, Quaderni Spinn*, n. 11, Roma, 2006.

⁴¹³ Che impone dunque al datore di trattare il lavoratore disabile "come se fosse valido": G. PERA, *Assunzioni obbligatorie*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. III, Roma, 1988, pag. 12.

⁴¹⁴ A. AVIO, *La disciplina del rapporto di lavoro dei disabili obbligatoriamente assunti*, in M. CINELLI, P. SANDULLI (a cura di), *Diritto al lavoro dei disabili*, cit., pag. 339.

È su questo complesso quadro di tutele prefigurate dalla legge n. 68 del 1999 – con gli accennati dosaggi di tradizione e innovazione – che si innesta, oggi, come ricordato in apertura, la disciplina che, recependo la direttiva 2000/78/CE, dà attuazione al principio della parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla religione, dalle convinzioni personali, dagli *handicap*, dall'età e dall'orientamento sessuale per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro (art. 1, D. Lgs. n. 216 del 2003)⁴¹⁵. E tale "innesto" sembra realizzarsi essenzialmente nel senso che la tutela antidiscriminatoria integra il suddetto quadro di tutele sostanziali – affidate appunto "a norme inderogabili che stabiliscono diritti a ottenere o conservare determinati beni della vita"⁴¹⁶ – garantendo un'importante funzione di chiusura del sistema. Una funzione che – nella specie – è perciò destinata ad operare in senso complementare, integrativo o, talvolta, aggiuntivo, rispetto alle tutele assicurate dalle norme di tipo sostanziale; e che d'altra parte si realizza secondo modalità operative fundamentalmente diverse da quelle proprie di queste ultime, modalità che vengono duttilmente costruite dal giudice a misura della concreta fattispecie su cui è articolata l'applicazione del divieto generale di discriminazione diretta e indiretta in ragione della disabilità.

La direttiva accoglie del resto, soprattutto con riferimento al tema dell'*handicap* e della disabilità⁴¹⁷, una nozione più ampia (in termini di contenuti) e ricca (sul piano valutativo) della eguaglianza e, di riflesso, dell'obbligo di parità di trattamento, rispetto a quanto non faccia la legge n. 68 del 1999 con la riproposizione della regola di cui all'art. 10, co. 1. Si è in particolare già ricordata l'esplicita enunciazione dell'obbligo di adottare misure ragionevoli in favore del disabile, formulato dalla direttiva nella prospettiva di assicurare al disabile un trattamento preferenziale in una logica di massima effettività della tutela antidiscriminatoria⁴¹⁸. Tale obbligo di natura positiva – che la direttiva formula espressamente con riguardo al fattore di rischio della disabilità – dà una precisa connotazione alla nozione di eguaglianza ed al corrispondente divieto di discriminazione, giacché comporta uno specifico obbligo di "garantire ai diversi un trattamento diverso, più precisamente un trattamento preferenziale"⁴¹⁹, appropriato alla situazione di minorazione del soggetto e volto a rimuoverne le conseguenze negative nell'ambiente di lavoro⁴²⁰. "Soluzione ragio-

⁴¹⁵ Non è ovviamente possibile dar conto qui dei contenuti della direttiva europea e del modo – per molti versi approssimativo ed inadeguato – nel quale essa è stata recepita nell'ordinamento italiano dal D. Lgs. n. 216 del 2003: i limitati fini di questo contributo impongono di confinare le schematiche osservazioni che si proporranno di seguito agli aspetti di stretta pertinenza rispetto al tema affrontato. Per una diffusa analisi critica della disciplina comunitaria e nazionale, v. comunque M. BARBERA, *Le discriminazioni*, cit., pag. 79 e segg.

⁴¹⁶ Così ancora M. BARBERA, *Introduzione*, cit., pag. XXIV.

⁴¹⁷ Il D. Lgs. n. 216 del 2003, al pari della direttiva, impiega, senza definirla, l'espressione "*handicap*", che almeno nel nostro ordinamento ha un significato più ampio di quello del termine "disabilità" che compare – senza peraltro pretese di esclusività – nella legge n. 68 del 1999 (la quale, si badi, detta criteri di accertamento della stessa fortemente differenziati a seconda delle categorie considerate: cfr. C. A. NICOLINI, *I soggetti protetti*, in M. CINELLI, P. SANDULLI, *Diritto al lavoro dei disabili*, cit., pag. 93 e segg.). Pur nella consapevolezza che occorrerebbe usare una maggiore misura di precisione e chiarezza terminologica, i due termini vengono qui impiegati promiscuamente, potendosi assumere la sostanziale fungibilità nel contesto delle disposizioni in esame. Per un opportuno esercizio di distinzione terminologica v. comunque A. AVIO, *I lavoratori disabili tra vecchie e nuove discipline*, in M. V. BALLESTRERO, G. G. BALANDI (a cura di), *I lavoratori svantaggiati tra eguaglianza e diritto diseguale*, Bologna, 2005, pag. 155 e segg.

⁴¹⁸ Cfr. M. BARBERA, *Le discriminazioni*, cit., pagg. 81 e 82.

⁴¹⁹ *Ivi*, pag. 84.

⁴²⁰ In un'ottica di eguaglianza sostanziale e di garanzia delle pari opportunità, cui certo non è estranea la legge n. 68 del 1999 specialmente nelle proiezioni del collocamento mirato, si va tuttavia oltre l'idea, racchiusa ancora nell'art. 10, co. 1, della legge medesima,

nevole” – e dunque comportamento positivamente dovuto dal datore di lavoro per non discriminare il lavoratore disabile – è, ai sensi dell’art. 5 della direttiva, espressione giustamente non determinata nei contenuti specifici, volta a ricomprendere tutti i provvedimenti appropriati, in funzione delle esigenze concrete, per consentire ai disabili di accedere ad un lavoro, di svolgerlo, di mantenerlo, di avere una promozione o di ricevere una formazione adeguata, con il limite costituito da un onere finanziario sproporzionato⁴²¹.

Si è anche rammentato che il testo del D. Lgs. n. 216 del 2003 omette – colpevolmente⁴²² – di riprodurre nella disciplina di attuazione un’enunciazione esplicita del suddetto obbligo, come sarebbe stato più corretto e senz’altro doveroso da parte del legislatore nazionale. Ciò non impedisce, tuttavia, come si è pure tentato di esemplificare nei paragrafi precedenti, di far buon uso in via interpretativa – *i. e.*, di “interpretazione conforme”, nella pregnante ed impegnativa accezione patrocinata dalla Corte di giustizia delle Comunità europee⁴²³ – della regola posta dall’art. 5 della direttiva. Le stesse disposizioni della legge del 1999, anche quelle in tema di licenziamento, come si è visto, si prestano agevolmente a tale esercizio di interpretazione conforme alla stregua dei principi e delle regole contenute nella direttiva, ponendosi per aspetti decisivi in sintonia con esse. È del resto preciso dovere del giudice, “conformemente a quanto avviene nell’interpretazione del diritto interno [...], – come si chiarisce in *Pfeiffer* – interpretare la norma nazionale in modo tale da evitare un conflitto con la norma comunitaria e, eventualmente, da ridurre a tale scopo la portata della norma nazionale applicandola solamente nella misura compatibile con la norma comunitaria”; e la nostra giurisprudenza si è già mossa in questa direzione⁴²⁴.

Gli obblighi di *repêchage* e di adattamento organizzativo stabiliti dagli artt. 4 e 10 della legge n. 68 del 1999 possono così essere interpretati (o rilette, se si vuole, come si è tentato di fare sopra⁴²⁵) alla luce del criterio delle soluzioni ragionevoli impiegato dalla direttiva ai fini della qualificazione del divieto di discriminazione dei lavoratori disabili. Come emerge dalla prima sentenza interpretativa resa dalla Corte di giustizia sui contenuti ed i limiti del divieto di discriminazione in ragione della disabilità ai sensi dell’art. 2 della direttiva 2000/78/CE⁴²⁶, esiste, d’altra parte, proprio con riguardo al tema qui in esame, una sostanziale coerenza e consonanza di impostazione

di trattare il disabile “come se fosse valido”, come affermava icasticamente Pera commentando la corrispondente previsione della legge n. 482 del 1968 (*supra*, nota 51). Anche l’art. 26, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea si apre ad un’ottica di eguaglianza sostanziale, laddove riconosce il diritto dei disabili di beneficiare di misure intese a garantirne l’autonomia, l’inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità.

⁴²¹ La direttiva richiede quindi anche misure di adattamento dell’organizzazione del lavoro che non comportino costi sproporzionati: v. quanto si è notato *supra*, al § 3, a proposito dell’art. 10, co. 3, legge n. 68 del 1999.

⁴²² V. ancora M. BARBERA, *op. ult. cit.*, pag. 81.

⁴²³ Di cui v., da ultimo, soprattutto le sentenze rese rispettivamente il 5 ottobre 2004 nelle cause riunite da C-397/01 a C-403/01, *Pfeiffer e altri c. Deutsches Rotes Kreuz*, e il 7 settembre 2006 in causa C-81/05, *Anacleto Cordero Alonso c. Fogasa*.

⁴²⁴ V. l’ordinanza del 30 settembre 2005 pronunciata in composizione monocratica dal Tribunale di Pistoia, sez. lav., in causa *Laura Neri c. Ministero della Giustizia*, con la quale – richiamando specificamente il concetto di misure ragionevoli di cui all’art. 5 della direttiva – il giudice ha stabilito che “le iniziative relative alla sede di lavoro che si traducono in un notevole aggravamento della posizione del lavoratore, ossia in un suo *particolare svantaggio*, devono essere considerate obiettivamente discriminatorie” (corsivo nell’originale). Si deve peraltro dar conto che tale ordinanza è stata revocata in sede di reclamo da Trib. Pistoia, sez. lav., ord. 3 dicembre 2005, in *Foro It.*, 2006, I, col. 1206.

⁴²⁵ Ai §§ 2 e 3.

⁴²⁶ V. Corte di giustizia CE, 11 luglio 2006, causa C-13/05, *Sonia Chacón Navas c. Eurest Colectividades SA*.

tra la speciale disciplina di cui alla legge n. 68 del 1999 e quanto prescritto dalle norme comunitarie, talché un licenziamento che sia giustificato alla luce degli artt. 4 e 10⁴²⁷ della legge potrà dirsi, per ciò stesso, anche non discriminatorio.

Nella sentenza appena evocata⁴²⁸, la Corte di giustizia ha infatti fornito un importante chiarimento sull'ambito di operatività dei divieti di cui all'art. 2 della direttiva, precisando, innanzi tutto, che la malattia del lavoratore, in quanto tale, non è assimilabile alla nozione di *handicap*, con la quale si intende solo il limite derivante da minorazioni fisiche, mentali o psichiche che sia idoneo a ostacolare, per un arco temporale lungo o, in ipotesi, in via permanente, la partecipazione della persona alla vita professionale. È dunque escluso, almeno in linea di principio, che appena si manifesti la malattia possa essere inclusa nella nozione di *handicap*, come è pure escluso che la malattia in quanto tale possa essere annoverata come motivo che si aggiunge a quelli in base ai quali la direttiva – sulla scorta della tassativa elencazione dell'art. 13 del Trattato CE⁴²⁹ – vieta qualsiasi discriminazione.

Ma il chiarimento più importante ai nostri fini, e quello che meglio restituisce quella consonanza sostanziale cui s'è appena fatto cenno, riguarda proprio le condizioni ed i limiti entro i quali un licenziamento possa dirsi – alla luce dell'art. 5 della direttiva – non discriminatorio. La Corte ha affermato che “il divieto, in materia di licenziamento, della discriminazione fondata sull'*handicap*, sancito dagli artt. 2, n. 1, e 3, n. 1, lett. c), della direttiva 2000/78, osta a un licenziamento fondato su un *handicap* che, tenuto conto dell'obbligo di prevedere soluzioni ragionevoli per i disabili, non sia giustificato dal fatto che la persona di cui trattasi non è competente, capace o disponibile a svolgere le mansioni essenziali del suo posto di lavoro”. Ne consegue – come meglio precisato dall'Avvocato generale – che il datore di lavoro potrà legittimamente recedere dal rapporto con il prestatore disabile “laddove le limitazioni funzionali considerate – l'*handicap* – rendano impossibile ovvero limitino gravemente l'esercizio della professione o dell'attività considerate”⁴³⁰.

Ovviamente, tale giustificazione è ammissibile solo nel caso in cui per il datore di lavoro non siano disponibili mezzi ragionevoli che limitino o compensino l'*handicap* in maniera tale che il disabile possa continuare ad esercitare la propria professione o attività⁴³¹. Il che è – a ben vedere – quanto prescrivono, nelle fattispecie in precedenza analizzate, gli artt. 4 e 10 della legge, in particolare esigendo, da un lato, la prova della inutilizzabilità del lavoratore – anche in mansioni non equivalenti – nella compagine aziendale e, dall'altro, la realizzazione di quegli adattamenti della organizzazione del lavoro (ovvero anche di quell'attività di riqualificazione del soggetto) che siano atti a scongiurare la cessazione del rapporto. E ciò secondo i limiti di ragionevolezza fissati dallo stesso

⁴²⁷ Ove interpretati, come suggerito, alla luce della direttiva medesima.

⁴²⁸ Si veda, anche per un'analisi puntuale della vicenda, sorta da un rinvio pregiudiziale di un giudice spagnolo, il commento critico dedicato alla sentenza (ed alle conclusioni dell'Avvocato generale L. A. Geelhoed) da L. WADDINGTON in *Common Market Law Review*, 2007, pag. 487 e segg.

⁴²⁹ Per questa precisazione v. in particolare le conclusioni dell'Avvocato generale, ai punti 53 e seguenti. Va peraltro rimarcato che l'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea contiene una elencazione solo esemplificativa dei fattori di rischio di cui è interdetta la considerazione, come è fatto palese dall'uso dell'espressione “in particolare” con la quale gli stessi vengono introdotti.

⁴³⁰ Punto 81 delle conclusioni.

⁴³¹ V. il successivo punto 82 delle conclusioni.

art. 5 della direttiva, che tiene in considerazione l'interesse dell'imprenditore escludendo che detti provvedimenti ed adattamenti possano comportare costi od oneri sproporzionati. Come nuovamente chiarito dall'Avvocato generale Geelhoed, "il requisito di ragionevolezza viene determinato nel merito anche dai costi legati ai mezzi da prendere in considerazione, dalla proporzionalità dei costi nei limiti in cui essi non sono rimborsati dalle autorità pubbliche, e dalla riduzione o compensazione dell'*handicap* resa in tal modo possibile, nonché dalla possibilità, per i disabili considerati, di accedere ad altre professioni o attività nelle quali il loro *handicap* non costituisca un ostacolo oppure costituisca un ostacolo notevolmente più contenuto". Ed è certo che, nell'ipotesi in cui la disabilità, originaria o sopravvenuta, comporti la perdita di ogni residua capacità lavorativa o di qualsivoglia possibilità di utile inserimento del lavoratore nell'organizzazione aziendale, il licenziamento sarà misura sempre legittima e, per ciò stesso, non discriminatoria⁴³².

Le stesse considerazioni debbono naturalmente guidare l'interprete nella valutazione di quelle fattispecie per le quali la legge n. 68 del 1999 non detta una disciplina specifica e rispetto a cui la tutela antidiscriminatoria può dunque svolgere appieno quella funzione di integrazione e di chiusura del sistema della quale si diceva all'inizio. È infatti nei campi lasciati scoperti dalla speciale disciplina di cui agli artt. 4 e 10 della legge che le disposizioni della direttiva e del decreto attuativo svolgono la funzione più rilevante, concorrendo ad integrare il sistema con forme di tutela che potremmo chiamare aggiuntive rispetto a quelle tipizzate dalle norme sostanziali⁴³³.

Si pensi all'ipotesi del licenziamento per scarso rendimento, astrattamente legittimato nell'ottica della parità formale di trattamento di cui all'art. 10, co. 1, della legge n. 68 del 1999. È evidente che qui si dovrà scrupolosamente accertare – assumendo quella rigorosa nozione puramente oggettiva di discriminazione accolta dalla direttiva e dallo stesso D. Lgs. n. 216 del 2003⁴³⁴ – che la valutazione del rendimento del lavoratore non sia in alcun modo ricollegabile, tenuto conto anche delle soluzioni ragionevoli adottabili dal datore, alla menomazione o all'*handicap* che riduce la capacità di lavoro del soggetto⁴³⁵; pena, appunto, il carattere (oggettivamente) discriminatorio del recesso.

⁴³² Cfr. nello stesso senso anche L. WADDINGTON, *op. cit.*, pagg. 490 e 497-498. Si potrebbe dire che come la disabilità è diversa dalla semplice malattia, che non entra, "per difetto", in certo senso, nel campo tutelato dalla direttiva, così la totale inabilità a svolgere una proficua attività di lavoro fuoriesce, simmetricamente, "per eccesso", da detto campo, andando oltre i confini della tutela in considerazione dell'indicato limite di ragionevolezza, che sarebbe superato ove si imponesse al datore di mantenere in servizio un soggetto del tutto inidoneo a forme di proficuo utilizzo.

⁴³³ Esula d'altra parte da questo contributo il tema dei rimedi processuali, che pure è evidentemente essenziale nella prospettiva di una considerazione integrata e sistematica delle forme di tutela apprestate dall'ordinamento, specie in caso di licenziamento del lavoratore disabile. Si rinvia a L. CURCIO, *Le azioni in giudizio e l'onere della prova*, ed a A. GUARISIO, *I provvedimenti del giudice*, entrambi in M. BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, cit., rispettivamente pagg. 529 e 579 segg.

⁴³⁴ La nostra giurisprudenza, di merito e di legittimità, in tema di licenziamento discriminatorio sembra peraltro per lo più attardarsi su di una nozione soggettivistica di discriminazione, evidentemente superata dall'ordinamento, chiedendo ancor oggi l'accertamento dell'intento discriminatorio del soggetto agente; v. ad es. Cass., sez. lav., 28 settembre 2006, n. 21035; Corte d'Appello di Firenze, 16 gennaio 2007, n. 1718/2006, *Gianluca Volpi c. Helitalia Spa*. Per una ricostruzione critica di questo orientamento ancor oggi maggioritario, per quanto in netto contrasto con i dati ormai saldamente acquisiti dall'ordinamento nazionale sotto l'influsso benefico di quello comunitario, v. A. LASSANDARI, *Il licenziamento*, cit., pag. 163 e segg.

⁴³⁵ V. comunque – già alla stregua della previgente disciplina – Cass., sez. lav., 12 marzo 1996, n. 2013, in *Not. Giur. Lav.*, 1996, pag. 413, e – in dottrina – A. AVIO, *La disciplina del rapporto di lavoro*, cit., pag. 350.

Si pensi ancora al recesso dal patto di prova apposto al contratto di lavoro del disabile. La giurisprudenza che tende a prevalere esclude oneri di forma e motivazione, pur ammettendo che il lavoratore possa contestare la legittimità della valutazione negativa della prova ove questa sia stata determinata o comunque influenzata dalla condizione di invalidità del prestatore cui la legge ricollega l'obbligo di assunzione⁴³⁶. Presa sul serio, nella sua rigorosa connotazione oggettiva, la nozione di discriminazione accolta dall'art. 2 del D. Lgs. n. 216 del 2003 – così come comunque qualificata dall'obbligo positivo dell'adozione di misure ragionevoli stabilito dalla direttiva – dovrebbe indurre a stringere il controllo sulla assenza di collegamenti tra il recesso dal patto di prova e l'*handicap* del lavoratore, e suggerire forse l'opportunità di rivalutare l'indirizzo giurisprudenziale che imponeva al datore di lavoro di motivare specificamente con l'indicazione delle ragioni (serie, obiettive, e come ovvio del tutto indipendenti dalla minorazione) che non avevano consentito il superamento della prova⁴³⁷.

E si pensi, infine, alla vecchia figura del cosiddetto licenziamento "per eccedenza"⁴³⁸, ammesso in passato dalla giurisprudenza⁴³⁹ e dalla dottrina⁴⁴⁰ nei casi in cui l'invalido assunto per imposizione di legge risultasse successivamente in soprannumero rispetto alla quota d'obbligo. Sarebbe ovvia, oggi, a prescindere dalle specifiche indicazioni desumibili dalla legge n. 68 del 1999⁴⁴¹, la natura direttamente discriminatoria d'un simile licenziamento.

6. Conclusione.

La legge n. 68 del 1999 svolge un ruolo essenziale e non sostituibile di tutela rafforzata del lavoratore disabile anche rispetto alla vicenda della risoluzione del rapporto di lavoro. Pur rimanendo saldamente ancorata al modello della norma protettiva inderogabile, la legge aggiorna ed approfondisce la tutela del lavoratore disabile nella vicenda qui considerata in termini che appaiono peraltro sostanzialmente in linea con le previsioni europee sull'obbligo della adozione di soluzioni ragionevoli in favore delle persone portatori di *handicap*. Sembra perciò ingeneroso, oltre che inesatto, ricondurre in blocco le disposizioni della legge n. 68 del 1999 ad una vecchia logica paternalistica, attribuendo solo alla direttiva il merito di declinare "in una nuova chiave anti-paternalistica" la tutela della eguale libertà dei lavoratori disabili⁴⁴².

Certo è paternalistica la previsione dell'obbligo di assumere secondo le quote riservate pur ridisegnate dalla legge, peraltro con l'importante novità rappresentata dalla previsione di forme flessibili di adempimento attraverso lo strumento duttile e consensuale del collocamento mirato; ma si tratta con ogni probabilità di una dose di paternalismo ancora indispensabile per promuovere

⁴³⁶ V. Cass., sez. lav., 29 maggio 1999, n. 5290, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2000, II, pag. 128, con nota di M. P. MONACO, *Il patto di prova con gli invalidi e i limiti formali al potere di recesso del datore di lavoro: la Cassazione interpreta se stessa*; Cass., sez. lav., 18 marzo 2002, n. 3920, *ivi*, 2003, II, pag. 83, con commento di C. CORSINOVI, *Ancora sui requisiti formali del recesso dal rapporto di lavoro in prova con soggetto avviato in regime di collocamento obbligatorio*.

⁴³⁷ Su tale indirizzo giurisprudenziale v. P. LAMBERTUCCI, *Le discipline speciali*, cit., pagg. 425-426.

⁴³⁸ L. TOSATO, *Il lavoro dei disabili*, cit., pag. 252.

⁴³⁹ V. Cass., 2 agosto 1975, n. 2958, in *Mass. Giur. Lav.*, 1976, pag. 198, con nota di G. PERA.

⁴⁴⁰ V. G. PERA, *La cessazione del rapporto di lavoro*, cit., pagg. 89-90.

⁴⁴¹ V. il già ricordato art. 18, co. 1, della legge (*supra*, nota 48).

⁴⁴² Così – sembra di capire – M. BARBERA, *Le discriminazioni*, cit., pag. 79 (da cui son tratte le parole citate tra virgolette nel testo).

con misure efficaci (ancorché non sempre effettive) il diritto al lavoro dei disabili⁴⁴³. Una dose di paternalismo forse inevitabile⁴⁴⁴, dunque, all'interno d'una legge nel complesso "avanzata"⁴⁴⁵, e che soprattutto attraverso il vario strumentario del collocamento mirato (che comprende anche il mezzo delle azioni positive) sposa una moderna logica premiale di promozione delle pari opportunità⁴⁴⁶, avvicinandosi così alla impostazione della stessa direttiva europea.

È per questo che nelle pagine precedenti si è tentata una lettura per così dire "accorpata" della disciplina speciale di cui alla legge n. 68 del 1999 e della nuova normativa antidiscriminatoria: nella consapevolezza che si tratti di strumenti entrambi necessari – e largamente complementari e convergenti – di protezione/promozione della dignità e della eguale libertà del lavoratore affetto da disabilità.

⁴⁴³ Va del resto rammentato che lo stesso diritto comunitario, nell'ambito della disciplina dedicata ai "lavoratori svantaggiati", accoglie una visione se si vuole paternalistica della tutela dei prestatori disabili quando ammette che gli stessi possano beneficiare di misure differenziate e, in particolare, di aiuti permanenti che siano necessari per consentirne l'assunzione ovvero la permanenza sul mercato del lavoro (cfr. l'art. 2 Regolamento n. 2204 del 2002). Come è stato chiarito, a differenza di quanto vale per le categorie di soggetti propriamente definiti come svantaggiati (art. 2, lett. f, del Regolamento), "per i lavoratori disabili lo svantaggio consiste nell'essere meno produttivi appunto perché disabili. Perciò l'incentivazione dell'occupazione dei disabili segue percorsi diversi, e può avere come sbocco possibile il "lavoro protetto" (M. V. BALLESTRERO, *Introduzione. I lavoratori svantaggiati tra eguaglianza e diritto diseguale*, in M. V. BALLESTRERO, G. G. BALANDI, *I lavoratori svantaggiati*, cit., pag. 9 e segg., qui pag. 22).

⁴⁴⁴ Anche se andrebbero corretti gli eccessi di tutela che si sono rilevati ad esempio con riguardo all'art. 10, co. 4, della legge.

⁴⁴⁵ Così A. MARESCA, *Rapporto di lavoro*, cit., pag. 29, che parla anzi di una legge "più avanzata di quella sulle azioni positive per la parità uomo donna [...] che, per alcuni aspetti metodologici, evoca" (corsivo nell'originale).

⁴⁴⁶ Si veda pure, in tal senso, tra gli altri, P. LAMBERTUCCI, *Le discipline speciali*, cit., pagg. 422 segg.