

**Profili di diritto
sostanziale con focus sul
principio di non
discriminazione nelle
fonti comunitarie e sul
diritto al lavoro delle
persone con disabilità**

“

Tiziana Orrù

IL PRINCIPIO DI PARITÀ DI TRATTAMENTO

-
- Gli aspetti di diritto sostanziale che interessano il diritto del lavoro eurounitario sono molteplici.
- Ho scelto il principio di **Parità di trattamento nel lavoro** per le implicazioni pratiche sempre attuali ed in continua evoluzione
- Il **divieto di discriminazione** ha senza dubbio raggiunto di recente un livello di interesse molto elevato nella costruzione dell'ordinamento giuridico sopranazionale e nazionale dei singoli Stati membri
- La protezione contro la discriminazione in Europa è sancita sia dall'art. 14 della CEDU sia dal diritto dell'Unione dall'art. 21 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e adattata a Strasburgo il 12 dicembre 2007, che dispone:« È vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali.2. Nell'ambito d'applicazione del Trattato che istituisce la Comunità europea e del Trattato sull'Unione europea è vietata qualsiasi discriminazione fondata sulla cittadinanza, fatte salve le disposizioni particolari contenute nei trattati stessi».

Trattato FUE

- Art. 1a: "L'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dall'uguaglianza tra donne e uomini.
- Art. 2: "Lotta all'esclusione sociale e alla discriminazione, promozione della giustizia e della protezione sociale, uguaglianza di genere, solidarietà intergenerazionale e tutela dei diritti del bambino. Promuove la coesione economica, sociale e territoriale e la solidarietà tra gli Stati membri. "
- Art. 6. "L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi contenuti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, modificata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha la stessa forza giuridica dei trattati."

Trattato FUE

- Articolo 19 Fatte salve le altre disposizioni dei trattati e nell'ambito dei poteri conferiti dall'Unione ai trattati, il Consiglio, deliberando secondo una procedura legislativa speciale e previa approvazione del Parlamento europeo, può prendere le misure appropriate per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali disabilità, età o orientamento sessuale.

Atti di diritto derivato

- la Direttiva 2000/43/CE del 26 settembre 2000, del Consiglio, attuativa del principio della **parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica** (cd. Direttiva “razza”). Tale Direttiva è stata recepita con il **D.Lgs. 9 luglio 2003, n. 215**;
- la **Direttiva 2000/78/CE del 27 novembre 2000, del Consiglio, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro indipendentemente dalla religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali** (cd. Direttiva “quadro”). Tale Direttiva è stata recepita con il **D.Lgs. 9 luglio 2003, n. 216**;
- la Direttiva 2002/73/CE del 23 settembre 2002, del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica la Direttiva 76/207/CEE del Consiglio relativa all'attuazione del **principio della parità di trattamento tra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro**. Tale Direttiva è stata recepita con il **D.Lgs. 30 maggio 2005, n. 145**.

La logica della direttiva- evoluzione della politica comunitaria in tema di discriminazione- Nuovo ordine comunitario sulla discriminazione

- Rovescia l'approccio paternalistico della pregressa legislazione fondato sulla predisposizione di forme specifiche di protezione dei disabili
 - Introduce un modello basato su due punti fondamentali:
 - 1- divieto di discriminazioni dirette e indirette
 - 2- obbligo di adottare soluzioni ragionevoli che adattino l'ambiente e le condizioni di lavoro ai soggetti disabili
 - La nuova politica comunitaria pone al centro dell'azione la tutela dell'uguale dignità di tutti gli esseri umani - La disabilità è considerata una questione di giustizia sociale
nozione di giustizia ed eguaglianza di tipo "asimmetrico"
- non ogni differenza di trattamento costituisce discriminazione, ma solo quella che si traduce in uno svantaggio per il gruppo protetto con uno spostamento del concetto di uguaglianza dal piano formale a quello sostanziale (art. 3 Costituzione).

l'azione a livello internazionale

- Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità del 2006 è stata approvata in nome della Comunità europea con la decisione 2010/48/CE del Consiglio del 26 novembre 2009, con conseguente inclusione da tale data nell'ordinamento giuridico dell'Unione
- riprende la previsione di “soluzioni ragionevoli” in una accezione più lata e con una portata precettiva, disponendo: *«Al fine di promuovere l'eguaglianza ed eliminare le discriminazioni, gli Stati Parti prenderanno tutti i provvedimenti appropriati per assicurare che siano forniti accomodamenti ragionevoli» (art. 5, co. 3).*

l'azione a livello internazionale

- La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità del 2006 è stata approvata in nome della Comunità europea con la decisione 2010/48/CE del Consiglio del 26 novembre 2009, con conseguente inclusione da tale data nell'ordinamento giuridico dell'Unione.
- riprende la previsione di “soluzioni ragionevoli” in una accezione più lata e con una portata precettiva, disponendo: *«Al fine di promuovere l'eguaglianza ed eliminare le discriminazioni, gli Stati Parti prenderanno tutti i provvedimenti appropriati per assicurare che siano forniti accomodamenti ragionevoli» (art. 5, co. 3).*
- Secondo la Convenzione delle Nazioni Unite la nozione di « handicap» deve essere intesa nel senso che si riferisce ad una limitazione, risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche, che, in interazione con barriere di diversa natura, può ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori.
- Inoltre, dall'articolo 1, secondo comma, della Convenzione risulta che le menomazioni fisiche, mentali, intellettuali o sensoriali debbano essere « durature»

l'azione a livello internazionale

- sotto un profilo di ordine generale deve escludersi che possa essere richiamato il divieto di discriminazione fondata sull'handicap non appena si manifesti una qualunque malattia, deve invece parlarsi di handicap ogniqualvolta la malattia sia di lunga durata e abbia l'attitudine a incidere negativamente sulla vita professionale del lavoratore
- *Corte giustizia UE sez. III - 01/12/2016, n. 395: tra gli indizi che consentono di considerare che una limitazione è «duratura» figura in particolare la circostanza che, all'epoca del fatto discriminatorio, la menomazione dell'interessato non presenti una prospettiva ben delimitata di superamento nel breve periodo o il fatto che tale menomazione possa protrarsi in modo rilevante prima della guarigione di tale persona*
- *Corte giustizia UE sez. I - 11/09/2019, n. 397 : lo stato di salute di un lavoratore riconosciuto come particolarmente sensibile ai rischi professionali, ai sensi del diritto nazionale, che non consente a tale lavoratore di occupare taluni posti di lavoro per il motivo che ciò comporterebbe un rischio per la sua stessa salute o per altre persone, rientra nella nozione di «handicap», ai sensi di tale direttiva, solo qualora detto stato determini una limitazione della capacità, risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche durature, che, in interazione con barriere di diversa natura, può ostacolare la piena ed effettiva partecipazione dell'interessato*

interpretazione della Corte di Giustizia

- *Corte giustizia UE sez. III - 01/12/2016, n. 395: tra gli indizi che consentono di considerare che una limitazione è «duratura» figura in particolare la circostanza che, all'epoca del fatto discriminatorio, la menomazione dell'interessato non presenti una prospettiva ben delimitata di superamento nel breve periodo o il fatto che tale menomazione possa protrarsi in modo rilevante prima della guarigione di tale persona*
- *Corte giustizia UE sez. I - 11/09/2019, n. 397 : lo stato di salute di un lavoratore riconosciuto come particolarmente sensibile ai rischi professionali, ai sensi del diritto nazionale, che non consente a tale lavoratore di occupare taluni posti di lavoro per il motivo che ciò comporterebbe un rischio per la sua stessa salute o per altre persone, rientra nella nozione di «handicap», ai sensi di tale direttiva, solo qualora detto stato determini una limitazione della capacità, risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche durature, che, in interazione con barriere di diversa natura, può ostacolare la piena ed effettiva partecipazione dell'interessato alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori.*

l'azione a livello nazionale

- Con l'emanazione del D.Lgs. 9 luglio 2003, n. 216, è stata disposta l'attuazione della Direttiva 2000/78/CE (Le disposizioni del provvedimento si affiancano a quelle contenute nel D.Lgs. 9 luglio 2003, n. 215)
- il decreto legislativo definisce, all'articolo 2, le fattispecie di discriminazione distinguendole in forme di: **discriminazione diretta**: trattare una persona in modo meno favorevole rispetto ad un'altra in una analoga situazione per motivi di religione, convinzioni personali, handicap, età o tendenze sessuali; **discriminazione indiretta**: adottare una disposizione, una prassi, un atto, un patto o un comportamento – anche in apparenza neutri – che possano creare svantaggio ad una persona che professi una religione o un'ideologia, ovvero sia portatrice di handicap, ovvero abbia una età particolare o una tendenza sessuale, rispetto ad altre persone.
- il decreto legislativo amplia l'ambito oggettivo riconducibile al concetto di discriminazione indiretta, rispetto a quanto contenuto nella Direttiva.

Legislazione nazionale

- Di particolare rilevanza è inoltre la disposizione del comma 3 dell'articolo 2, che introduce, seppure in maniera indiretta e con valenza limitata all'ambito del provvedimento, nell'ordinamento nazionale la definizione del c.d. **mobbing**, individuato nell'attuazione di molestie o di comportamenti indesiderati con lo scopo e l'effetto di violare la dignità personale creando un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante od offensivo.
- Tale comportamento viene considerato discriminatorio e pertanto suscettibile di tutela giurisdizionale ai sensi del successivo articolo 4 del provvedimento.

Legislazione nazionale

- Il principio di parità deve essere applicato indistintamente (articolo 3) a tutte le persone sia nel settore pubblico sia in quello privato, e particolarmente con riferimento alle seguenti situazioni:
- § accesso all'occupazione ed al lavoro, compresi i criteri di selezione e le condizioni di assunzione;
- § occupazione e condizioni di lavoro, compresi gli avanzamenti di carriera, le retribuzioni e le condizioni di licenziamento;
- § accesso all'orientamento, alla formazione ed alla riqualificazione professionale, compresi i tirocini;
- § attività svolta nell'ambito delle organizzazioni dei lavoratori o dei datori di lavoro.

Legislazione nazionale

In sede di attuazione della Direttiva n. 2000/78/CE, il d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216, il legislatore italiano ha omesso di recepire le disposizioni di cui all'art. 5, e così ha vanificato la parte più qualificante e innovativa di questa normativa, è ha modificato la stessa nozione comunitaria di discriminazione, che ha negli obblighi positivi di rimozione degli ostacoli il suo nuovo baricentro.

La Corte di Giustizia, su ricorso della Commissione nel 2013 ha condannato l'Italia per non aver «imposto a tutti i datori di lavoro di prevedere, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, soluzioni ragionevoli applicabili a tutti i disabili», così venendo meno all'«obbligo di recepire correttamente e completamente l'articolo 5 della direttiva 2000/78/CE». *CGUE, sez. IV, 4 luglio 2013, causa C-312/11*

A seguito della condanna è stato introdotto il comma 3-bis all'art. 3 del d.lgs. n. 216/2003, secondo cui *«Al fine di garantire il rispetto del principio della parità di trattamento delle persone con disabilità, i datori di lavoro pubblici e privati sono tenuti ad adottare accomodamenti ragionevoli, come definiti dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, ratificata ai sensi della Legge 3 marzo 2009, n. 18, nei luoghi di lavoro, per garantire alle persone con disabilità la piena eguaglianza con gli altri lavoratori»*

Gli accomodamenti ragionevoli

Deve farsi riferimento, in primo luogo, alla Direttiva, che all'art. 5 definisce come “soluzioni ragionevoli” *«i provvedimenti appropriati, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, per consentire ai disabili di accedere ad un lavoro, di svolgerlo o di avere una promozione o perché possano ricevere una formazione»*,

al Considerando 20 ove richiama *«misure efficaci e pratiche destinate a sistemare il luogo di lavoro in funzione dell'handicap, ad esempio sistemando i locali o adattando le attrezzature, i ritmi di lavoro, la ripartizione dei compiti o fornendo mezzi di formazione o di inquadramento»*.

L'elencazione in esame non ha carattere tassativo come dimostrano le numerose decisioni della Corte di giustizia a cominciare da Corte Giustizia, C- 13/05: *E' infatti evidente che il portatore di handicap aggiunge, ai normali periodi di malattia che subisce per cause diverse dall'handicap, quelle direttamente collegate a quest'ultimo: ma una parità di trattamento tra lavoratori esige che solo con riferimento alle prime i lavoratori portatori di handicap e tutti gli altri siano sottoposti al limite temporale del comports*”.

(C-335/11) (C-337/11) per cui *«L'articolo 5 della direttiva 2000/78 deve essere interpretato nel senso che la riduzione dell'orario di lavoro può costituire uno dei provvedimenti di adattamento di cui a tale articolo»*.

La ridefinizione degli obblighi datoriali

- L'art. 3, co. 3-bis, d.lgs. n. 216/2003 estende ai lavoratori disabili specifiche tecniche di tutela antidiscriminatoria in affiancamento alla protezione già disposta dalla l. n. 68/1999;
- la disposizione costituisce il criterio per la “ridefinizione” degli obblighi gravanti sui datori di lavoro ai sensi della L. n. 68/1999 unitamente agli espressi riferimenti che alla nozione di “accomodamenti ragionevoli” provengono dall'art. 4, co. 3, in tema di lavoro a domicilio e telelavoro.
- La vincolatività delle previsioni in tema di accomodamenti ragionevoli viene confermata dal d.lgs. n. 151/2015, che riprende in più punti questa nozione, anche (e soprattutto) con l'espressa previsione di contributi per il rimborso delle spese sostenute per il loro apprestamento.
- L'adeguamento della struttura organizzativa aziendale alle esigenze del disabile mediante accomodamenti determina una dilatazione dell'area dei comportamenti esigibili dal datore di lavoro *«a meno che tali provvedimenti richiedano da parte del datore di lavoro un onere finanziario sproporzionato»* la *«soluzione non è sproporzionata allorché l'onere è compensato in modo sufficiente da misure esistenti nel quadro della politica dello Stato membro a favore dei disabili»* (art. 5 Direttiva).

La ridefinizione degli obblighi datoriali

- Nel Considerando 21 si precisa inoltre: *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*
- Il sistema delineato si muove dunque su un doppio binario che “corresponsabilizza” sia lo Stato sia il datore di lavoro nella predisposizione degli accomodamenti ragionevoli.
- In questi termini l'art. 11, co. 1, lett. b, D.Lgs. n. 151/2015 – prevede che il Fondo regionale per l'occupazione dei disabili eroga «*contributi per il rimborso forfetario parziale delle spese necessarie all'adozione di accomodamenti ragionevoli in favore dei lavoratori con riduzione della capacità lavorativa superiore al 50 per cento, incluso l'apprestamento di tecnologie di telelavoro o la rimozione delle barriere architettoniche che limitano in qualsiasi modo l'integrazione lavorativa della persona con disabilità, nonché per istituire il responsabile dell'inserimento lavorativo nei luoghi di lavoro*».
- Il sistema degli incentivi diventa così parte integrante del quadro normativo di riferimento per valutare la sostenibilità economica dell'adozione delle misure adattative.

La ridefinizione degli obblighi datoriali

- Qualora l'accomodamento comporti oneri non sproporzionati – anche in considerazione del sostegno pubblico previsto per l'occupazione del disabile (e, nella specie, dei contributi che l'art. 14, co. 4, lett. b, predispone per le misure finalizzate a questo scopo) – il datore di lavoro sarà obbligato a porlo in essere.
- La violazione dell'obbligo può determinare pertanto la tutela prevista per le azioni discriminatorie con conseguente possibilità per il giudice di ordinare al datore di lavoro l'adozione delle misure necessarie per la rimozione delle disparità di trattamento oltre alla condanna al risarcimento del danno.

La giurisprudenza nazionale

la giurisprudenza in materia di accomodamenti ragionevoli è decisamente scarsa, ma dall'esame di quella comunque reperibile emerge un principio elementare, e cioè la necessità di una valutazione complessiva dell'accomodamento ipotizzato, raffrontato all'organizzazione datoriale.

La giurisprudenza è riferita soprattutto a casi di licenziamento del disabile es- Trib. Ferrara, 24 ottobre 2008, n. 219 in RIDL, II, 652, che ha escluso l'illegittimità del licenziamento di un disabile per il quale era stata suggerita l'adozione di forme di lavoro a distanza. La decisione è precedente all'introduzione del lavoro agile con la l. n. 81/2017, ritenuto da molti strumento paradigmatico di accomodamento ragionevole.

La giurisprudenza nazionale

Solo di recente si rinvengono decisioni nelle quali è stata avvalorata una nozione teleologica di accomodamento ragionevole, nel senso di non intenderlo necessariamente come una misura caratterizzata da soluzioni tecniche economicamente (in)sostenibili, ma anche riconducibili a misure organizzative o di adattamento normativo, funzionali a riequilibrare la diversa condizione lavorativa cui è costretto il disabile, basti pensare alla discriminatorietà dell'applicazione al lavoratore disabile dello stesso periodo di comporto riservato al lavoratore normodotato, senza tener conto delle assenze riconducibili proprio all'handicap del primo, che andrebbero "sterilizzate" (Tribunale di Milano 25/02/2020, n. 487)

Cassazione civile sez. lav. - 07/06/2012, n. 9201 Il diritto del lavoratore a non essere trasferito ad altra sede lavorativa senza il suo consenso non può subire limitazioni anche allorquando la disabilità del familiare non si configuri come grave risultando la sua inamovibilità - nei termini in cui si configuri come espressione del diritto all'assistenza del familiare comunque disabile - giustificata dalla cura e dall'assistenza da parte del lavoratore al familiare con lui convivente, sempre che non risultino provate da parte del datore di lavoro - a fronte della natura e del grado di infermità (psico- fisica) del familiare - specifiche esigenze datoriali che, in un equilibrato bilanciamento tra interessi, risultino effettive, urgenti e comunque insuscettibili di essere diversamente soddisfatte.

La giurisprudenza nazionale

Cassazione civile sez. lav. - 26/10/2018, n. 27243: in tema di licenziamento per giustificato motivo oggettivo ha il datore di lavoro ha confermato la legittimità del recesso in quanto il datore di lavoro aveva dimostrato che, nell'ambito dell'organizzazione aziendale e del rispetto delle mansioni assegnate al restante personale in servizio, non vi era alcun accorgimento pratico - comportante un onere finanziario proporzionato alle dimensioni e alle caratteristiche dell'impresa e nel rispetto delle condizioni di lavoro dei colleghi dell'invalido - applicabile alla mansione (già assegnata o equivalente ovvero inferiore) svolta dal lavoratore ed appropriato alla disabilità.

La Corte ha ritenuto che *una interpretazione della L. n. 216 del 2003, costituzionalmente orientata nonchè valutata alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia Europea porta a ritenere che il diritto del lavoratore disabile all'adozione di accorgimenti che consentano l'espletamento della prestazione lavorativa trova un limite nell'organizzazione interna dell'impresa e, in particolare, nel mantenimento degli equilibri finanziari dell'impresa stessa (cfr. già Corte Cost. n. 78 del 1958, Corte Cost. n. 316 del 1990, Corte Cost. n. 356 del 1993) nonchè nel diritto degli altri lavoratori alla conservazione delle mansioni assegnate e, in ogni caso, di mansioni che ne valorizzino l'esperienza e la professionalità acquisita*

La giurisprudenza nazionale

Cassazione civile sez. lav. - 19/12/2019, n. 34132 dopo un'ampia ed accurata ricostruzione del quadro normativo nazionale ed internazionale ha cassato con rinvio la sentenza impugnata in quanto il giudice di merito non aveva correttamente motivato in merito alla valutazione della proporzionalità e della non eccessività delle misure di adattamento indicate sia rispetto all'organizzazione aziendale sia con riguardo agli altri lavoratori.

La Corte di Cassazione sembra prendere finalmente atto che alla luce del complessivo quadro giuridico, la tradizionale lettura dei limiti del repêchage come segnati dall'assetto organizzativo aziendale dato pare inadeguata: il riferimento a soluzioni "ragionevoli" supera il rigido principio dell'intangibilità delle scelte imprenditoriali del datore di lavoro e richiede, per l'assolvimento dell'onus variandi imposto a questo come preconditione per il licenziamento, l'adeguamento della struttura organizzativa aziendale alle esigenze di "proficuo utilizzo" della residua capacità lavorativa del prestatore nei limiti di ragionevolezza prefigurati dalla normativa di origine sovranazionale e del bilanciamento degli interessi in gioco che trovano tutela a livello costituzionale.

La giurisprudenza nazionale

Tribunale di Bologna, 23 aprile 2020

L'art. 39 del d.l. n. 18/2020 prevede che nel periodo dell'emergenza Covid-19 i lavoratori in condizione di disabilità abbiano diritto a svolgere la prestazione in modalità agile, ove compatibile con le caratteristiche della prestazione.

Nel caso, una lavoratrice invalida al 60% e madre di una ragazza con handicap grave ottiene un ordine d'urgenza per lo svolgimento del lavoro dal domicilio, considerato che le mansioni venivano svolte con l'utilizzo del telefono e di strumenti informatici, e che uscire da casa per recarsi al lavoro la esponeva a un grave rischio per la salute sua e della figlia.

La giurisprudenza nazionale

Tribunale di Grosseto, 23 aprile 2020

Un lavoratore, portatore di una invalidità civile per grave patologia, propone ricorso d'urgenza per essere ammesso a svolgere l'attività lavorativa in modalità agile, attivata per altri colleghi in costanza della pandemia del coronavirus.

Il Tribunale, nell'accogliere il ricorso, osserva che in materia di lavoro agile la normativa emergenziale prevede la priorità di accesso al lavoro agile per i soggetti affetti da gravi patologie;

inoltre, ritiene il Giudice che, ove sia possibile svolgere la prestazione con tale modalità, il datore di lavoro non possa imporre il ricorso alle ferie in modo indiscriminato o penalizzante