

RIVISTA ITALIANA DI DIRITTO DEL LAVORO

Fondata da ALDO CESSARI, già diretta da GIUSEPPE PERA e da PIETRO ICHINO



Direttore responsabile

RAFFAELE DE LUCA TAMAJO

Comitato scientifico

MARIA VITTORIA BALLESTRERO - CARLO CESTER - MAURIZIO CINELLI
RICCARDO DEL PUNTA - GIUSEPPE FERRARO - EDOARDO GHERA - PIETRO ICHINO
ARTURO MARESCA - ORONZO MAZZOTTA - ROBERTO ROMEI - FRANCESCO SANTONI
PATRIZIA TULLINI - JESÚS CRUZ VILLALÓN - MAXIMILIAN FUCHS
ANTOINE LYON CAEN - ALAN NEAL

estratto

4/21

 **GIUFFRÈ**
GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

INDICE SOMMARIO

PARTE PRIMA

DOTTRINA

- LUCIA VALENTE, *La politica sociale UE recente e i progressi possibili per una nozione europea di lavoratore*. 339
Recent EU social policy and possible progress towards a European notion of worker
- MARCELLO D'APONTE, *La tutela dei diritti umani nel rapporto di lavoro* . . . 373
The protection of human rights in the employment relationship
- ROBERTO BELLE, *Cessazione del rapporto di pubblico impiego privatizzato per iniziativa datoriale: sui licenziamenti e altro* 403
Termination of the employment relationship in the privatized public sector at the employer's initiative: about dismissals and more
- MASSIMILIANO DE FALCO, *Accomodamenti ragionevoli: sovvenzioni nel settore privato, accessibilità ovunque*. 429
Reasonable accomodation: grants in the private sector, accessibility everywhere
- SAMUELE RENZI, *Una lettura lavoristica del concordato preventivo riformato dal codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza* 453
A reading of the arrangement with creditors procedure reformed by the corporate crisis and insolvency code from the perspective of labour law

PARTE SECONDA

NOTE A SENTENZA

Rapporto di lavoro

- CRISTINA ALESSI, *Disabilità, accomodamenti ragionevoli e oneri probatori* . . 613

FABIO AVALLONE, <i>Licenziamento per giusta causa e principio di immediatezza della contestazione nel caso in cui i fatti oggetto di procedimento disciplinare siano anche oggetto di procedimento penale</i>	632
LAURA CALAFÀ, <i>Sui congedi di cura della madre intenzionale</i>	644
GISELLA EMMA COMES, <i>Il trasferimento del lavoratore: libertà di forma e onere probatorio datoriale tra giurisprudenza e dottrina</i>	655
FEDERICA CORBO, <i>Illegittimità della cessione del ramo di azienda e vicende del rapporto di lavoro con il cessionario</i>	665
VINCENZO DEL GAISO, <i>È legittimo il licenziamento del sindacalista che non rispetta i limiti del diritto di critica</i>	685
ALESSANDRA INGRAO, <i>Licenziamento disciplinare, libertà di espressione e social network: quando un post fa perdere ingiustamente il posto</i>	699
SILVIA ORTIS, <i>Il revirement del Tribunale di Monza: è valida l'impugnazione del licenziamento scansionata e trasmessa a mezzo PEC dall'avvocato</i> . .	706
ANDREA POLITO, <i>La seconda ipotesi di «ingiustificatezza qualificata» prevista dall'art. 18, comma 4, St. lav.: tra lettura estensiva e restrittiva</i>	728
FEDERICA SALVATORE, <i>Concordato preventivo e giustificato motivo oggettivo</i> . .	739
LAURA TORSELLO, <i>Riposo domenicale e part-time</i>	751
ESTER VILLA, <i>Cessazione del rapporto di lavoro ed esercizio "postumo" del potere disciplinare</i>	764

Diritto sindacale

SILVIO BOLOGNA, <i>La libertà sindacale fa irruzione in caserma</i>	780
FULVIO CORSO, <i>Anche le piattaforme possono incorrere in condotte antisindacali</i>	793

Focus

VITO PINTO, <i>Corte di giustizia e velo islamico. Il punto su discriminazione e politiche aziendali di neutralità religiosa</i>	801
--	-----

PARTE TERZA

OSSERVATORIO

Legislazione in materia di lavoro

— L'ambito di applicazione dell'istituto della «Decontribuzione Sud», alla luce dei (contraddittori) messaggi Inps (di P. SCHIAVONE)	205
--	-----

— Regolamentazioni <i>in fieri</i> del lavoro agile	223
— La conversione del Decreto Sostegni- <i>bis</i> e la miniriforma del pubblico impiego (di M. CORTI e A. SARTORI)	253
<i>Rivista Bibliografica</i> (a cura di R. DE LUCA TAMAJO e L. TEBANO)	267

GIURISPRUDENZA

RAPPORTO DI LAVORO

I

CASSAZIONE 9 marzo 2021, n. 6497 - ARIENZO *Pres.* - AMENDOLA *Est.* - MASTROBERNARDINO *P.M.* - ASF Autolinee s.r.l. (avv. Pagnotta, Morpurgo) c. G.V. (Avv. Palotti).

Conferma A. Milano 1° ottobre 2018.

Licenziamento - Lavoratore disabile - Ricollocamento a diverse mansioni - Ricerca di accomodamenti ragionevoli - Necessità.

L'impossibilità di ricollocare il disabile, adibendolo a diverse mansioni comunque compatibili con il suo stato di salute, non esaurisce gli obblighi del datore di lavoro che intenda licenziarlo, perché, laddove ricorrano i presupposti di applicabilità dell'art. 3, co. 3-bis, d.lgs. n. 216 del 2003, egli dovrà comunque ricercare possibili "accomodamenti ragionevoli" che consentano il mantenimento del posto di lavoro, in una ottica di ottimizzazione delle tutele giustificata dall'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà sociale (art. 2 Cost.), tanto più pregnanti in caso di sostegno a chi versa in condizioni di svantaggio. (1)

II

TRIBUNALE DI BARI, ord., 25 marzo 2021 - VERNIA *Est.* - Poste Italiane s.p.a. (avv. Donaviti) c. S.C. (avv. Quagliarella).

Lavoratore disabile - Sede di lavoro - Possibilità di scelta - Art. 33, l. n. 104/1992 - Bilanciamento con l'interesse dell'impresa - Necessità.

(1-3) La nota di C. ALESSI segue il testo dei provvedimenti.

Lavoratore disabile - Sede di lavoro - Possibilità di scelta - Bilanciamento con l'interesse dell'impresa - Necessità - Onere della prova - Grava sul datore.

L'art. 33, comma 6, della l. n. 104/1992 deve essere interpretato nel senso che il diritto del lavoratore disabile di scegliere la sede più vicina al proprio domicilio e di non essere trasferito ad altra sede senza il suo consenso non è assoluto o illimitato, ma presuppone altresì la compatibilità con l'interesse dell'impresa, posto che secondo il legislatore — come è dimostrato anche dalla presenza dell'inciso “ove possibile” — il diritto alla effettiva tutela della persona disabile non può essere fatto valere quando il relativo esercizio venga a ledere in misura consistente le esigenze economiche ed organizzative del datore di lavoro. (2)

Incombe sul datore di lavoro l'onere di dimostrare in modo specifico e puntuale quali siano le concrete ragioni che rendano impossibile l'assegnazione ad una sede più vicina. (3)

I

Omissis. — 1. Con sentenza del 1° ottobre 2018, La Corte d'appello di Milano ha confermato la pronuncia di primo grado nella parte in cui aveva ritenuto illegittimo il licenziamento intimato a G. V. il 31 Marzo 2016 dalla ASF autolinee SRL per sopravvenuta idoneità fisica alla mansione e, in parziale riforma di essa dal punto di vista della tutela applicabile, ha condannato la società “a reintegrare *ex art. 18, co. 4, l. n. 300/1970* (il lavoratore) ... nonché a corrispondergli a titolo risarcitorio le retribuzioni globali di fatto maturate dal giorno del licenziamento a quello dell'effettiva reintegrazione (nei limiti delle 12 mensilità globali di fatto)”, oltre accessori.

2. La Corte, premessa l'applicabilità dell'art. 3, co. 3-*bis*, d. lgs. n. 216/2003, di recepimento dell'articolo 5 della direttiva 2000/78/CE, ha ritenuto sussistere, in capo al datore di lavoro, un “obbligo generale di adottare tutte quelle misure — “accomodamenti ragionevoli” — atte ad evitare il licenziamento anche quando queste incidano sul l'organizzazione dell'azienda”, salvo il limite dell'eventuale sproporzione degli oneri a carico dell'impresa. — *Omissis.*

Per la Corte milanese il datore di lavoro, invece, si è “limitato ad affermare l'impossibilità del *repechage* del dipendente fisicamente inidoneo secondo gli usuali criteri (statici) vigenti in tema di giustificato motivo oggettivo per soppressione delle mansioni”. “Lo stesso discorso — prosegue la sentenza d'appello — vale in relazione al possibile reimpiego del lavoratore nelle mansioni di lavaggio autobus (non essendo rilevante il fatto che nell'organigramma non fosse prevista la figura del pulitore esecutivo) o in quelle di verificatore in affiancamento ad altro collega”. Infine la Corte ha aggiunto che la circostanza che l'azienda non si fosse affatto posta “il problema di trovare ragionevoli situazioni per ricollocare” il

dipendente emergeva chiaramente dalla deposizione del medico competente, il quale, sentito come testimone, aveva dichiarato di non essere mai stato incaricato dall'azienda di esprimere una valutazione in merito ad altre possibili mansioni cui adibire il lavoratore con disabilità.

4. Per la Cassazione di tale sentenza ha proposto ricorso la società soccombenente con due motivi; ha resistito con controricorso G. V.

RAGIONI DELLA DECISIONE. — Con il primo articolato motivo di ricorso si denuncia “violazione falsa applicazione degli articoli 5 della direttiva 78/2000/CE; 3, co. 3 *bis*, d. lgs. n. 216/2003 e 5 della l. n. 604/1966; 41, d. lgs. n. 81/2008; 41 Cost. (art. 360, n. 3 c.p.c.)”.

Per la ricorrente la sentenza impugnata sarebbe erronea in quanto avrebbe affermato che l'obbligo, in capo al datore di lavoro, “di adottare tutte quelle misure — accomodamenti ragionevoli — atte ad evitare il licenziamento del lavoratore divenuto inidoneo (portatore di handicap) alle specifiche mansioni” incontrerebbe il limite dato dall'eventuale sproporzione degli oneri a carico dell'impresa, ma non ha anche quello della modificazione delle modalità di svolgimento della prestazione lavorativa a carico dei singoli colleghi dell'invalido. — *Omissis*.

Con il secondo motivo si denuncia la violazione dell'onere della prova *ex art.* 2697 c.c. a mente dell'art. 360, co. 1, n. 3, cpc, atteso che la società aveva dedotto specifiche circostanze, tutte non contestate, dalle quali si evinceva “sia la situazione di pieno organico sia l'impossibilità di adibire il signor vitali alle predette posizioni”, non adeguatamente valutate dalla Corte territoriale che avrebbe così addossato un improprio onere probatorio sul datore di lavoro.

2. I motivi, congiuntamente esaminabili per reciproca connessione, pongono la questione dell'interpretazione e dell'applicazione dell'art. tre, comma 3-*bis*, del d. lgs. 9 luglio 2003, n. 216, ad una ipotesi di licenziamento di lavoratore divenuto fisicamente inidoneo alla mansione.

Essi sono infondati per le ragioni che seguono. — *Omissis*.

In seguito a condanna dell'Italia da parte della Corte di giustizia dell'unione europea per inadempimento alla citata direttiva (sentenza 4 luglio 2013, C-312/2011, Commissione europea/Repubblica italiana), il d.l. 28 giugno 2013, n. 76 (articolo 9, comma 4-*ter*), conv. con modif. dalla l. 9 agosto 2013, n. 99, ha inserito nel testo dell'art. 3 del d. lgs. n. 216 del 2003, un comma 3 *bis* del seguente tenore: “al fine di garantire il rispetto del principio della parità di trattamento delle persone con disabilità, i datori di lavoro pubblici e privati sono tenuti ad adottare accomodamenti ragionevoli, come definiti dalla convenzione delle Nazioni unite sui diritti delle persone con disabilità, ratificata ai sensi della legge 3 Marzo 2009, n. 18, nei luoghi di lavoro, per garantire alle persone con disabilità la piena eguaglianza con gli altri lavoratori. I datori di lavoro pubblici devono provvedere all'attuazione del presente comma senza nuovi o maggiori oneri per la finanza

pubblica e con le risorse umane, finanziarie e strumentali disponibili a legislazione vigente”. — *Omissis*.

In proposito, vale subito evidenziare che, nella controversia in esame, non vi è motivo di impugnazione che riguardi la tutela applicabile ovvero la natura discriminatoria del licenziamento, temi che pertanto esorbitano dall’oggetto del contendere in questa sede di legittimità, per cui il richiamo alle disposizioni, che governano le conseguenze sanzionatorie del licenziamento difforme dal modello legale è utile al fine di completare sistematicamente la cornice disciplinaria e consente, da ultimo, di rammentare l’art. 3 della l. n. 604 del 1966, al quale tradizionalmente, si riconduce, talvolta unitamente agli artt. 1463 e 1464 e.c., il recesso per giustificato motivo oggettivo in caso di impossibilità della prestazione lavorativa dovuta a sopravvenuta infermità permanente del lavoratore (v. Cass. SS.UU. n. 7755 del 1998, secondo cui l’art. 3 della l. n. 604 del 1966 “costituisce specificazione, e non deroga, di quelle norme codicistiche”).

3.2. Il contesto normativo sovranazionale trova nella “Convenzione delle Sezioni Unite sui diritti delle persone con disabilità”, adottata il 13 dicembre 2006, ratificata e resa esecutiva dall’Italia con l. n. 18 del 2019, approvata a nome della Comunità europea con la decisione 2010/48/CE del Consiglio del 26 novembre 2009, il riconoscimento del “diritto al lavoro delle persone con disabilità, su base di uguaglianza con gli altri” (art. 27). La Convenzione definisce (art. 2) per “discriminazione fondata sulla disabilità qualsivoglia distinzione, esclusione o restrizione sulla base della disabilità ‘che abbia’ lo scopo o l’effetto di pregiudicare o annullare il riconoscimento, il godimento o l’esercizio, su base di uguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale, culturale, civile o in qualsiasi altro campo. Essa include ogni forma di discriminazione, compreso il rifiuto di un accomodamento ragionevole”; per “accomodamento ragionevole” intende “le modifiche e gli adattamenti necessari ed appropriati che non impongano un onere sproporzionato o eccessivo adottati, ove ve ne sia necessità in casi particolari, per garantire alle persone con disabilità il godimento e l’esercizio, su base di uguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali”. In ambito comunitario, la direttiva 2000/78/CE sulla parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, dopo una serie di ‘Considerando’; all’art. 1 sancisce che essa “mira a stabilire un quadro generale per la lotta. alle discriminazioni fondate (su) ... gli handicap ... per quanto concerne l’occupazione e le condizioni di lavoro al fine di rendere effettivo negli Stati membri il principio della parità di trattamento”. L’art. 5 poi, intitolato “Soluzioni ragionevoli per i disabili”, statuisce: “Per garantire il rispetto del principio della parità di trattamento dei disabili, sono previste soluzioni ragionevoli. Ciò significa che il datore di lavoro prende 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, a meno che tali provvedimenti richiedano da parte del datore di lavoro un onere finanziario sproporzio-

nato. Tale soluzione è sproporzionata allorché l'onere è compensato in modo sufficiente da misure esistenti nel quadro della politica dello Stato membro a favore dei disabili”.

4. Dalla ricognizione operata emerge un quadro complesso, frutto di successive stratificazioni normative, sovente non coordinate tra loro, di livello interno e internazionale, che sollecitano, per quanto possibile, la funzione nomofilattica della giurisprudenza di legittimità, nella specie resa non agevole dalla concorrenza di fonti composite e multilivello. Riguardo l'ambito di applicazione della direttiva 78/2000/CE e dell'art. 3, comma 13-bis, del d. lgs. n. 216 del 2003, che ne costituisce attuazione, questa Corte, posto che il licenziamento rientra tra le condizioni di lavoro protette dalla direttiva, ha ritenuto, con indirizzo conforme, che il fattore soggettivo dell'handicap non è ricavabile dal diritto interno ma unicamente dal diritto dell'Unione Europea (Cass. n. 6798 del 2018; Cass. n. 13649 del 2019; Cass. n. 29289 del 2019), secondo il quale si tratta di “una limitazione, 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” (CGUE sentenze 11 aprile 2013, HK Danmark, C-335/11 e C-337/11, punti 38-42; 18 marzo 2014, Z., C-363/12, punto 76; 18 dicembre 2014, FOA, C-354/13, punto 53; 1 dicembre 2016, Mo. Da. C-395/15, punti 41-42). Grava sul lavoratore che ne abbia interesse allegare e dimostrare di trovarsi nelle condizioni descritte (Cass. n. 27502 del 2019). — *Omissis*.

Quanto agli “accomodamenti ragionevoli”, questa Corte ha statuito che “in tema di licenziamento per inidoneità fisica sopravvenuta del lavoratore, derivante a una condizione di handicap, sussiste l'obbligo della previa verifica, a carico del datore di lavoro, della possibilità di adattamenti organizzativi ragionevoli nei luoghi di lavoro ‘ai fini della legittimità del recesso’, secondo una interpretazione conforme agli obiettivi della direttiva 2000/78/CE (Cass. n. 6798/2018 cit.; conf. Cass. n. 13649/2019 cit.; nella prima pronuncia si è altresì specificato che “il giudizio espresso in concreto sulla ragionevolezza delle soluzioni è giudizio di fatto sindacabile da questa Corte nei limiti di deducibilità del vizio di motivazione”). Successivamente, ribadito il principio che, ai fini della legittimità del licenziamento del lavoratore per inidoneità fisica sopravvenuta, sussiste l'obbligo della previa verifica, a carico del datore di lavoro, della possibilità di adattamenti organizzativi, si è ritenuto che gli stessi debbano essere adottati “secondo il parametro (e con il limite) della ragionevolezza”; in particolare occorre tenere conto “del limite costituito dall'inviolabilità *in peius* (art. 2103 c.c.) delle posizioni lavorative degli altri presta ori di lavoro” nonché evitare “oneri organizzativi eccessivi (da valutarsi in relazione alle peculiarità dell'azienda ed alle relative risorse finanziarie)”, stante l'esigenza di “mantenimento degli equilibri finanziari dell'impresa” (Cass. n. 27243 del 201; in conformità v. Cass. n. 6678 del 2019 e Cass. n. 18556 del 2019). — *Omissis*.

5. Tanto premesso, il Collegio reputa che il ricorso per cassazione possa essere disatteso sulla base delle regole che ripartiscono gli oneri di allegazione e prova gravanti sulle parti nella fattispecie di impugnativa del licenziamento sottoposta al suo esame, non senza aver preliminarmente definito i confini dell'obbligo del datore, di lavoro.

5.1. Fermo il dato di diritto positivo, stabilito dal comma 3-*bis* dell'art. 3 del d. lgs. n. 216 del 2003, secondo cui ogni datore di lavoro, pubblico o privato, è tenuto "ad adottare accomodamenti ragionevoli", anche in caso di licenziamento, per garantire il rispetto del principio di parità di trattamento delle persone con disabilità, non è possibile predeterminare in astratto l'esatto contenuto dell'obbligo. Il legislatore, infatti, ha deliberatamente scelto di trasporre nell'ordinamento interno la formula delle fonti sovranazionali, in dichiarata attuazione della direttive n. 78/2000/CE, affidandosi ad una nozione a contenuto variabile — categoria dogmatica estesa, nell'ambito della quale possono variamente collocarsi clausole generali, norme elastiche, concetti giuridici indeterminati, finanche i principi — che ha come caratteristica strutturale proprio l'indeterminatezza: consapevole dell'impossibilità, di una tipizzazione delle condotte prescrivibili, il legislatore ha conferito all'interprete il compito di individuare lo specifico contenuto dell'obbligo, guidato dalle circostanze del caso concreto. — *Omissis*.

5.2. L'attività di ascrizione di significato alla norma non può che muovere il dato testuale.

Il termine "accomodamento", che nella lingua italiana richiama propriamente l'idea dell'accordo ovvero dell'adeguamento o della regolazione di uno strumento meccanico è in realtà la trasposizione lessicale pedissequa dall'inglese "accomodation", presente nella Convenzione ONU del 2006, alla quale esplicitamente rinvia il comma 3 *bis* dell'art. 3 più volte citato per la definizione del termine, e presente anche nella versione inglese dell'art. 5 della direttiva 2000/78/CE, sebbene tradotto in quella italiana con "soluzioni ragionevoli". Nell'art. 2 della Convenzione per "accomodamenti" si intendono "le modifiche e gli adattamenti necessari ed appropriati" che si debbano adottare "per garantire alle persone con disabilità il godimento e l'esercizio, su base di uguaglianza con altri, di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali". Parallelamente l'art. 5 della direttiva dell'Unione europea in materia, cui occorre fare riferimento in chiave di interpretazione conforme quale aspetto dell'interpretazione sistematica della disciplina in esame, parla di "provvedimenti appropriati" del datore di lavoro, "in funzione delle esigenze delle situazioni concrete", per consentire ai disabili di accedere ad un lavoro e di svolgerlo. Si tratta dunque di adeguamenti, lato sensu, organizzativi che il datore di lavoro deve porre in essere al fine di "garantire il principio della parità di trattamento dei disabili" e che si caratterizzano per la loro "appropriatezza", ovvero per la loro idoneità a consentire alla persona svantaggiata di svolgere l'attività lavorativa.

Vale rimarcare che l'adozione di tali misure organizzative è prevista in ogni

fase del rapporto di lavoro, da quella genetica sino a quella della sua risoluzione, non essendo specificamente destinate a prevenire un licenziamento. A riprova, il considerando 20 della direttiva elenca, in via esemplificativa e sicuramente non tassativa, quali “misure efficaci e pratiche destinate a sistemare il luogo di lavoro in funzione dell’handicap”, la sistemazione dei locali, l’adattare le attrezzature, il regolare i ritmi di lavoro, la ripartizione dei compiti, il fornire mezzi di formazione o di inquadramento. La Corte di Giustizia statuisce che il concetto di “soluzioni ragionevoli” deve essere inteso nel senso che si riferisce all’eliminazione delle barriere di diversa natura che ostacolano la piena ed effettiva partecipazione dei disabili alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori (sentenze dell’11 aprile 2013, *HK Danmark*, C-335/11 e C-337/11, punto 54; del 4 luglio 2013, *Commissione/Italia*, C-312/11, punto 59; dell’11 settembre 2019, *DW*, C-397/18, punto 64) e la prima pronuncia individua quale possibile adattamento ragionevole la riduzione dell’orario di lavoro.

5.3. Chiarito con esempi non esaustivi il vasto raggio degli accomodamenti ipotizzabili, un limite espresso all’adozione di essi è rinvenibile nella definizione della Convenzione ONU del 2006 — cui rinvia anche la norma dell’ordinamento interno, laddove si specifica che tale accomodamento non deve imporre “un onere sproporzionato o eccessivo”. — *Omissis*.

Il considerando 21 chiarisce che “per determinare se le misure in questione danno luogo a oneri finanziari sproporzionati, è necessario tener conto in particolare dei costi finanziari o di altro tipo che esse comportano, delle dimensioni e delle risorse finanziarie dell’organizzazione o dell’impresa e della possibilità di ottenere fondi pubblici o altre sovvenzioni”.

Detto limite economico è stato già sottolineato da questa Corte (Cass. n. 27243/2018 cit.), richiamando Cass. SS.UU. n. 7755 del 1998 che ha legittimato il rifiuto dell’imprenditore all’assegnazione del lavoratore, divenuto fisicamente inidoneo all’attuale attività, a mansioni diverse, ove comporti “oneri organizzativi eccessivi”, pronuncia a sua volta ispirata dalla giurisprudenza costituzionale dell’epoca sulla “autodeterminazione” della organizzazione interna dell’impresa “in modo che vengano preservati gli equilibri finanziari” (cfr. Corte Cost. n. 78 del 1958; Corte Cost. n. 316 del 1990; Corte Cost. n. 356 del 1993).

5.4. Al limite espresso della “sproporzione” del costo si affianca quello dell’aggettivo che qualifica l’accomodamento come “ragionevole”. Limite ulteriore perché dotato di autonoma valenza letterale, atteso che se l’unica ragione per esonerare il datore di lavoro dal porre in essere l’adattamento, fosse l’onere “sproporzionato”, allora non sarebbe stato necessario aggiungere il “ragionevole”. Infatti, se può sostenersi che ogni costo sproporzionato, inteso nella sua accezione più ampia di “eccessivo” rispetto alle dimensioni ed alle risorse finanziarie dell’impresa, renda l’accomodamento di per sé irragionevole, non è necessariamente vero il contrario, perché non può escludersi che, anche in presenza di un costo sostenibile, circostanze di fatto rendano la modifica organizzativa priva di

ragionevolezza, avuto riguardo, ad esempio, all'interesse di altri lavoratori eventualmente coinvolti. Il criterio della ragionevolezza, tradizionalmente utilizzato nei giudizi di legittimità costituzionale come controllo di razionalità della legge, penetra anche i rapporti contrattuali, quale forma di osservanza del "canone di correttezza e buona fede che presidia ogni rapporto obbligatorio contrattuale ai sensi degli artt. 175 e 1375" (cfr. Cass. SS.UU. n. 5457 del 2009) e che risulta "immanente all'intero sistema giuridico, in quanto riconducibile al dovere di solidarietà fondato sull'art. 2 Cost." (cfr. Cass. SS.UU. n. 15764 del 2011; v. pure Cass. SS.UU. n. 23726 del 2007; cfr. Cass. SS. UU. n. 18128 del 2005), esplicando "la sua rilevanza nell'imporre a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra" (Cass. SS.UU. n. 28056 del 2008). — *Omissis*.

Se può tuttavia dubitarsi, nonostante talune suggestioni dottrinali, che, sulla base del diritto vivente (v. Cass. SS.UU. nn. 6030, 6031, 6032, 6033, 6034 del 1993), possa configurarsi nei rapporti di lavoro un obbligo giuridico a valenza generale, di "ragionevolezza" nell'esercizio dell'attività di impresa, tale da consentire un esteso sindacato giudiziale diretto ed *ex post* di congruità causale degli atti del datore di lavoro, non è invece discutibile che, laddove il legislatore esplicitamente stabilisca, — come nella specie — che la condotta datoriale debba essere improntata al canone della ragionevolezza, il controllo sia dovuto anche su questo specifico profilo. Stante la natura indeterminata della clausola di "ragionevolezza" non possono essere dettate, in astratto, prescrizioni cogenti che prescindano dalle circostanze del caso concreto: l'accomodamento infatti postula una interazione fra una persona individuata, con le sue limitazioni funzionali, e lo specifico ambiente di lavoro che la circonda, interazione che, per la sua variabilità, non ammette generalizzazioni. Non a caso anche l'art. 5 della direttiva 2000/78/CE individua i provvedimenti appropriati che il datore di lavoro deve prendere "in funzione delle esigenze delle situazioni concrete". — *Omissis*.

Così pure nel caso degli accomodamenti occorrerà soppesare gli interessi giuridicamente rilevanti delle parti coinvolte: l'interesse del disabile al mantenimento di un lavoro confacente con il suo stato fisico e psichico, in una situazione di oggettiva ed incolpevole difficoltà; poi l'interesse del datore a garantirsi comunque una prestazione lavorativa utile per l'impresa, tenuto conto che l'art. 23 Cost. vieta prestazioni assistenziali, anche a carico del datore di lavoro, se non previste per legge (Cass. SS.UU. n. 7755/1998 cit.) e che la stessa direttiva 2000/78/CE, al suo considerando 17, "non prescrive ... il mantenimento dell'occupazione ... di un individuo non competente, non capace o non disponibile ad effettuare le funzioni essenziali del lavoro in questione"; non può, infine, aprioristicamente escludersi che la modifica organizzativa coinvolga, in maniera diretta o indiretta, altri lavoratori, sicché, in tal caso, fermo il limite non valicabile del pregiudizio a situazioni soggettive che assumano la consistenza di diritti soggettivi altrui, occorrerà valutare comparativamente anche l'interesse di co-

storo. All'esito di questo complessivo apprezzamento, potrà dirsi ragionevole ogni soluzione organizzativa praticabile che miri a salvaguardare il posto di lavoro del disabile in un'attività che sia utile per l'azienda e che imponga all'imprenditore, oltre che al personale eventualmente coinvolto, un sacrificio che non ecceda i limiti di una tollerabilità considerata accettabile secondo "la comune valutazione sociale" (su tale formula v. Cass. SS.UU. n. 5688 del 1979, che, proprio a proposito dell'integrazione del comportamento dovuto dal datore di lavoro *ex art. 1175 c.c.*, ha ritenuto che quest'ultimo deve "ritenersi vincolato non solo a non frapporre ostacoli alla realizzazione dell'interesse dell'altra parte, ma anche a fare tutto ed esattamente quanto la comune valutazione sociale consideri necessario").

5.5. L'inadempimento dell'obbligo di accomodamento ragionevole, già inteso da questa Corte — nella giurisprudenza innanzi richiamata — come condizione di legittimità del licenziamento del lavoratore disabile, integra certamente il "difetto di giustificazione" del recesso, cui si riferiscono sia l'art. 18, co. 7, l. n. 300/70 novellato (v. Cass. n. 26675 del 2018), sia l'art. 2 del d. lgs. 23 del 2015, riconoscendo una tutela reintegratoria, sebbene diversificata, anche a prescindere dalla riqualificazione dell'atto come "discriminatorio" che è dibattuta questione la quale, come già precisato in premessa, per ragioni processuali esorbita dal tema della presente decisione.

Illegittimità dell'atto risolutivo che genera una tutela ripristinatoria, coerentemente con gli orientamenti di questa Corte che, pur escludendo in generale che la violazione di obblighi quali la correttezza e la buona fede da parte, del debitore della prestazione possano determinare l'invalidità dell'atto, giustificando piuttosto una pretesa risarcitoria, non hanno mai dubitato che il legislatore possa isolare specifiche fattispecie comportamentali, elevando la relativa proibizione al rango di norma di validità dell'atto, pur trattandosi di disposizioni particolari non elevabili a principio generale (cfr. Cass. SS.UU. n. 26724 del 2007; v., in precedenza, Cass. SS.UU. n. 9804 del 1993, in tema di conseguenze connesse all'inadempimento delle regole di correttezza e buona fede nei concorsi privati e nelle promozioni). Questa Corte ha già riconosciuto come la tutela ripristinatoria *ex art. 18*, comma 4; l. n. 300/1970 novellato, anche nel caso di licenziamento collettivo in violazione della quota di riserva prescritta dall'art. 3 della l. n. 68 del 1999, sia l'opzione interpretativa rispettosa del dettato normativo e conforme alla finalità della disciplina — anche sovranazionale — posta a speciale protezione del disabile (v. Cass. n. 26029 del 2019).

5.6. L'obbligo di accomodamento ragionevole concorre con le discipline specifiche cui si è già fatto cenno. — *Omissis*.

Evidentemente l'impossibilità di ricollocare il disabile, adibendolo a diverse mansioni comunque compatibili con il suo stato di salute, non esaurisce gli obblighi del datore di lavoro che intenda licenziarlo, perché, laddove ricorrano i presupposti di applicabilità dell'art. 3, co. 3-*bis*, d. lgs. n. 216 del 2003, dovrà comunque ricercare possibili "accomodamenti ragionevoli" che consentano il

mantenimento del posto di lavoro, in una ottica di ottimizzazione delle tutele giustificata dall'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà sociale (art. 2 Cost.), tanto più pregnanti in caso di sostegno a chi versa in condizioni di svantaggio.

6. Delineati i confini dell'obbligo di "accomodamento ragionevole" gravante sul datore di lavoro, possono essere esaminate le conseguenziali regole che ripartiscono gli oneri di allegazione e prova in un giudizio avente ad oggetto una fattispecie, di impugnativa del licenziamento quale quella sottoposta all'esame del Collegio. Come in ogni ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo ai sensi dell'art. 3 della L. n. 604 del 1966, l'onere della prova della sussistenza delle giustificazioni nell'esercizio del potere di recesso spetta al datore di lavoro ai sensi dell'art. 5 della stessa legge. Nella specie il datore di lavoro deve provare la sopravvenuta inidoneità fisica o psichica del lavoratore e l'impossibilità di ricollocare il medesimo in altre posizioni lavorative per l'espletamento di mansioni, eventualmente anche inferiori, compatibili con il suo stato di salute. — *Omissis*.

Secondo la più recente giurisprudenza di questa Corte, poi, spetta al datore di lavoro l'allegazione e la prova dell'impossibilità di *repechage* del dipendente licenziato, senza che sul lavoratore incomba un onere di allegazione dei posti assegnabili (Cass. n. 5592 del 2016; Cass. n. 12101 del 2016; Cass. n. 20436 del 2016; Cass. n. 160 del 2017; Cass. n. 9869 del 2017; Cass. n. 24882 del 2017; Cass. n. 27792 del 2017). — *Omissis*.

A questi oneri che tradizionalmente gravano sul datore di lavoro, in caso di applicazione dell'art. 3, co. 3 *bis*, d. lgs. 216 del 2003, si aggiunge quello distinto relativo all'adempimento dell'obbligo di accomodamento ragionevole, pure esso inteso come condizione di legittimità del recesso. Pertanto, a fronte del lavoratore che deduca e provi di trovarsi in una condizione di limitazione, risultante da menomazioni fisiche, mentali o psichiche durature secondo il diritto dell'Unione europea, quale fonte dell'obbligo datoriale di ricevere soluzioni ragionevoli che potessero evitare il licenziamento causato dalla disabilità, graverà sul datore di lavoro l'onere di provare di aver adempiuto all'obbligo di "accomodamento" ovvero che l'inadempimento sia dovuto a causa non imputabile. In tale situazione di riparto non è certo sufficiente per il datore semplicemente allegare e provare che non fossero presenti in azienda posti disponibili in cui ricollocare il lavoratore, come si trattasse di un ordinario *repechage*, così creando una sovrapposizione con la dimostrazione, comunque richiesta, circa l'impossibilità di adibire il disabile a mansioni equivalenti o inferiori compatibili con il suo stato di salute.

Né spetta al lavoratore, o tanto meno al giudice, individuare in giudizio quali potessero essere le possibili modifiche organizzative appropriate e ragionevoli idonee a salvaguardare il posto di lavoro, sovvertendo l'onere probatorio e richiedendo una collaborazione nella individuazione degli accomodamenti possibili non prevista neanche per il *repechage* ordinario in mansioni inferiori, oramai esteso dal recesso per sopravvenuta inidoneità fisica alle ipotesi di soppressione

del posto di lavoro per riorganizzazione aziendale (Cass. n. 21579 del 2008; conf. Cass. n. 23698 del 2015; Cass. n. 4509 del 2016; Cass. n. 29099 del 2019; Cass. n. 31520 del 2019). — *Omissis*.

In tale prospettiva, l'onere gravante sul datore di lavoro potrà essere assolto mediante la deduzione del compimento di atti o operazioni strumentali rispetto all'avveramento dell'accomodamento ragionevole, che assumano il rango di fatti secondari di tipo indiziario o presuntivo, i quali possano indurre nel giudicante il convincimento che il datore abbia compiuto uno sforzo diligente ed esigibile per trovare una soluzione organizzativa appropriata che scongiurasse il licenziamento, avuto riguardo a ogni circostanza rilevante nel caso concreto.

Ovviamente il datore di lavoro potrà anche dimostrare che eventuali soluzioni alternative, pur possibili, fossero prive di ragionevolezza, magari perché coinvolgenti altri interessi comparativamente preminenti, ovvero fossero sproporzionate o eccessive, a causa dei costi finanziari o di altro tipo ovvero per le dimensioni e le risorse dell'impresa.

Del resto questa Corte ha già avuto occasione di affermare, peraltro a proposito dell'art. 42, d.lgs. n. 81 del 2008 il quale prevede, come già detto, che il lavoratore divenuto inabile alle mansioni specifiche possa essere assegnato anche a mansioni equivalenti o inferiori, che nell'inciso "ove possibile" si contempera "il conflitto tra diritto alla salute ed al lavoro e quello al libero esercizio dell'impresa, ponendo a carico del datore di lavoro l'obbligo di ricercare — anche in osservanza dei principi di buona fede e correttezza nell'esecuzione del rapporto — le soluzioni che, nell'ambito del piano organizzativo prescelto, risultino le più convenienti ed idonee ad assicurare il rispetto dei diritti del lavoratore e lo grava, inoltre, dell'onere processuale di dimostrare di avere fatto tutto il possibile, nelle condizioni date, per l'attuazione dei detti diritti" (in termini: Cass. n. 13511 del 2016). — *Omissis*.

Per quanto detto, ai fini dell'adempimento dell'obbligo previsto dall'art. 3, co. 3-bis, d. lgs. n. 216 del 2003, non era sufficiente per la società allegare e provare che non fossero presenti in azienda posti disponibili in cui ricollocare il lavoratore, sovrapponendo la dimostrazione circa l'impossibilità di adibire il — *Omissis* a mansioni equivalenti o inferiori compatibili con il suo stato di salute con il distinto onere di ricercare altre soluzioni ragionevoli, né tanto meno era sufficiente trincerarsi dietro la mera affermazione che di accomodamenti praticabili non ve ne fossero, lamentando che il lavoratore non ne aveva individuati. Ancora con i motivi di ricorso parte datoriale insiste che l'azienda era in "condizione di pieno organico" e che "non vi erano posizioni scoperte in organigramma", come si discutesse solo di una ordinaria violazione dell'obbligo di *repechage*, mentre non evidenzia alcun atto o operazione strumentale rispetto all'avveramento dell'accomodamento ragionevole che potesse indurre nei giudici del merito il convincimento che fosse stato compiuto quello sforzo diligente ed esigibile per trovare una soluzione organizzativa che evitasse il recesso; anzi, si critica pure quella parte della sentenza impugnata in cui la Corte territoriale, del tutto plausibilmente, ha

invece argomentato che la circostanza che l'azienda non si fosse affatto posta "il problema di trovare ragionevoli situazioni per ricollocare" il dipendente emergeva con chiarezza dalla deposizione del medico competente, il quale, come teste, aveva dichiarato di non essere mai stato richiesto dalla società di esprimere valutazioni in ordine al ricollocamento del V. — *Omissis*.

II

Omissis. — Va premesso che con ricorso *ex art. 700 c.p.c.*, l'odierno reclamato, dipendente di Poste Italiane S.p.A., chiedeva disporsi, in via d'urgenza, il proprio trasferimento dal CMP di Bari al CMP di Cagliari/Assemini, ovvero ad altra struttura di Poste Italiane più vicina al Comune di Assemini, luogo di residenza del padre e domicilio del nucleo familiare. — *Omissis*.

Il Giudice di prime cure, con ordinanza n. 3854 depositata il giorno 1.2.2021, in accoglimento del ricorso cautelare, ordinava "il trasferimento del ricorrente dal CMP di Bari al Centro di Assemini o di Cagliari, ovvero ad altra struttura di Poste Italiane S.p.A. più vicina al Comune di Assemini".

La Poste Italiane S.p.a. (d'ora innanzi, per brevità, anche Poste o società) propone reclamo avverso alla citata ordinanza sulla base di due ordini di motivi: 1) errata valutazione da parte del primo Giudice delle risultanze documentali; 2) omessa valutazione degli accordi sindacali di prossimità.

Sotto il primo profilo, secondo l'assunto della società, dalla documentazione prodotta nella prima fase e nella presente emergerebbe che il Centro Smistamento di Bari, presso cui è impiegato il ricorrente, opera in una situazione di carenza di personale; viceversa, sia nel Centro Smistamento di Cagliari che nel Centro Distribuzione di Assemini (CA) si registrerebbe un'eccedenza di personale (cfr. pag. 7 e ss. ricorso *ex art. 669 terdecies c.p.c.*). Tali circostanze renderebbero impossibile, in tesi, il trasferimento richiesto dal lavoratore.

Con riferimento al secondo aspetto, la società deduce che l'eventuale trasferimento del Serra si porrebbe anche in contrasto con gli accordi sindacali di prossimità, rappresentando un'inammissibile deroga alla procedura di mobilità volontaria nazionale, prevista dal verbale di accordo del 12.4.16, come successivamente integrato e rinnovato.

Ciò posto, venendo all'analisi della prima censura, si osserva che è documentalmente provato che il ricorrente sia riconosciuto persona con handicap in situazione di gravità *ex L. n. 104/1992* (cfr. verbale della commissione medica collegiale del 15.10.2003 fascicolo parte ricorrente nella fase *ex art. 700 c.p.c.*).

È pacifico, inoltre, che il Serra possa usufruire in astratto dei benefici di cui all'art. 33, comma 6, della L. n. 104/1992 (come riconosciuto dall'odierna reclamante, cfr. n. 2 fascicolo telematico parte resistente nella fase *ex art. 700 c.p.c.*). A ciò consegue che l'odierno reclamato, ai sensi della norma appena citata, ha

diritto a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio e non può essere trasferito senza il proprio consenso ad altra sede. — *Omissis*.

Il Collegio chiarisce che l'art. 33, comma sesto, della legge 104 del 1992 deve essere interpretato nel senso che il diritto del lavoratore disabile di scegliere la sede più vicina al proprio domicilio e di non essere trasferito ad altra sede senza il suo consenso, non è assoluto o illimitato, ma presuppone altresì la compatibilità con l'interesse dell'impresa, posto che secondo il legislatore — come è dimostrato anche dalla presenza dell'inciso “ove possibile” — il diritto alla effettiva tutela della persona disabile non può essere fatto valere quando il relativo esercizio venga a ledere in misura consistente le esigenze economiche ed organizzative del datore di lavoro (cfr., *ex plurimis*, Cass. n. 12692/2002).

Ciò posto, va rimarcato che incombe sul datore di lavoro l'onere di dimostrare in modo specifico e puntuale quali siano le concrete ragioni che rendano impossibile l'assegnazione ad una sede più vicina. — *Omissis*.

D'altra parte, deve trovare applicazione il fondamentale principio della vicinanza della prova secondo cui l'onere probatorio deve essere posto in capo al soggetto “più vicino” al fatto da provare, per il quale la prova risulta, appunto, più agevole.

Pertanto, nella fattispecie, è l'azienda datrice di lavoro il soggetto che meglio di chiunque altro conosce le proprie esigenze organizzative e produttive e quindi può essere materialmente in grado di dimostrare che l'assegnazione dell'istante alla sede più vicina al proprio domicilio non sia possibile. Diversamente opinando si finirebbe per gravare il lavoratore di una sorta di prova diabolica che, di fatto, svuoterebbe di contenuto la tutela che la l. n. 104/1992 ha introdotto.

In proposito, la società ha dedotto in giudizio, come causa ostativa all'assegnazione del dipendente ad altra sede più vicina al domicilio familiare, il fatto che l'ufficio di appartenenza opererebbe in situazione di carenza di personale, mentre sia nel Centro Smistamento di Cagliari sia nel Centro Distribuzione di Assemini (CA) si registrerebbe un'eccedenza di personale.

Ebbene, a sostegno della dedotta carenza di personale del CS di Bari, la società ha prodotto nella presente fase (ad integrazione del *report* depositato nel giudizio *ex art. 700 c.p.c.*) tre documenti denominati “Report Forza Lavoro” (cfr. doc. n. 18 fascicolo parte reclamante) che fotografano la “situazione organico” di detto ufficio al 22 settembre 2020 (epoca della domanda presentata dall'istante) al 16 novembre 2020 (epoca del deposito del ricorso *ex art. 700 c.p.c.*) e al 9 febbraio 2021 (deposito del ricorso *ex art. 669 terdecies c.p.c.*). — *Omissis*.

Ancora, quanto al sovradimensionamento del CS Cagliari è stato prodotto un *report* (cfr. doc. n. 17 fascicolo parte reclamante) da cui si evincono le percentuali di eccedenza al 22.9.2020 (+56%), al 16.11.2020 (+61%) e al 9.2.2021 (+31%). — *Omissis*.

Del resto è costante l'orientamento dell'Ufficio in merito all'insufficienza probatoria dei prospetti sopra indicati che sono stati ripetutamente oggetto di

scrutinio nel contenzioso relativo ai trasferimenti di dipendenti postali (si veda Trib. Bari, 20.3.2018, Trib. Bari 28.11.2017, Trib. Bari, ord. Reclamo cam. Cons. 18.1.2017, Trib. Bari, ord. Reclamo 17.5.2018, Trib. Bari, ord. Reclamo 17.5.2015, Trib. Bari, ord. Reclamo 21.5.2015). — *Omissis*.

Di contro, una adeguata dimostrazione ai fini di causa avrebbe richiesto l'allegazione e la documentazione dei dati di copertura del personale addetto alla funzione svolta dal ricorrente riportati distintamente non solo per ciascuno dei singoli comuni — Bari, Cagliari e Assemini— ma anche per gli altri comuni che ricadono nella provincia di Cagliari, in modo da poter riscontrare la dedotta circostanza dell'indisponibilità di posti nelle sedi richieste dall'istante. — *Omissis*.

In altre parole, le Poste non hanno fornito prova idonea a dimostrare la dedotta indisponibilità delle sedi richieste, in quanto non hanno neppure prodotto gli organici delle singole filiali, o, almeno, idonea certificazione disaggregata filiale per filiale al fine di poter valutare analiticamente la deduzione effettuata, tanto più in quanto l'odierno reclamato aveva espressamente richiesto "il trasferimento del ricorrente dal CMP di Bari al CMP di Cagliari/Assemini, ovvero ad altra struttura di Poste Italiane più vicina al Comune di Assemini, luogo di residenza del padre e domicilio del nucleo familiare". — *Omissis*.

In altri termini, a fronte del rilievo costituzionale dei valori posti alla base della normativa a tutela dell'*handicap*, l'azienda non ha comprovato in modo idoneo allo scopo che vi fossero effettive e specifiche ragioni organizzative o gestionali che impedissero di assegnare il ricorrente ad una sede più vicina al proprio domicilio.

Quindi, non si vede perché, nel caso di specie, il diritto del lavoratore disabile debba cedere in presenza di siffatta insufficienza di prova in ordine ad eventuali rilevanti, effettive e prevalenti esigenze economiche, organizzative o produttive dell'impresa.

Ragionando diversamente, infatti, nella fattispecie si giungerebbe a vanificare la *ratio* della normativa in parola che mira a realizzare la tutela piena del soggetto disabile ed al contempo a salvaguardare l'essenziale ruolo della famiglia nell'assistenza e nella socializzazione del primo, garantendo la continuità delle relazioni costitutive della personalità umana (cfr. nello stesso senso, Trib. Bari, 2.4.2019 n.r.g. 15733/2018, Trib. Bari, 29.5.2018 n.r.g. 14278/2017, Trib. Bari 26.6.2018 n.r.g. 5234/2018).

Sotto questo punto di vista, va rammentato che, secondo l'insegnamento della consolidata giurisprudenza costituzionale, con la l. n. 104/1992 il legislatore ha preso in particolare considerazione l'esigenza di favorire la socializzazione del soggetto disabile, in attuazione del principio (cfr. Corte Cost. n. 215/1987) secondo il quale la socializzazione in tutte le sue modalità esplicative è un fondamentale fattore di sviluppo della personalità ed un idoneo strumento di tutela della salute del portatore di *handicap*, intesa nella sua accezione più ampia di salute psico-fisica (cfr. Corte Cost. n. 350/2003, n. 467/2002, n. 167/1999).

In questo quadro, è stato altresì posto l'accento sul ruolo fondamentale della famiglia «nella cura e nell'assistenza dei soggetti portatori di *handicap*» (cfr. Corte Cost. n. 203/2013, n. 329/2011), sottolineandosi, così, che una tutela piena dei soggetti deboli — e, in particolare dei portatori di *handicap gravi*, quale l'odierno reclamato — richiede, oltre alle necessarie prestazioni sanitarie e di riabilitazione, anche la cura, l'inserimento sociale e, soprattutto, la continuità delle relazioni costitutive della personalità umana (cfr. Corte Cost., sentenza n. 203 cit.).

A ciò aggiungasi che l'art. 33, comma 6, l. n. 104/1992 va interpretato alla luce non solo dei principi costituzionali, ma anche alla stregua dell'art. 26 della Carta di Nizza e della Convenzione delle Nazioni Unite del 13 dicembre 2006 sui diritti dei disabili, ratificata dall'Italia con la l. n. 18/2009 e dall'Unione Europea con decisione 2010/48/CE — ossia in funzione della tutela della persona disabile.

Pertanto, da quanto sopra esposto, le Poste non potevano ignorare la situazione personale e familiare del lavoratore portatore di *handicap* e, quindi, anche da questo punto di vista, avrebbero dovuto accogliere la domanda di assegnazione alla sede più vicina al domicilio familiare, essendo comunque obbligate a rispettare la suindicata Convenzione, finalizzata ad assicurare a garantire alle persone disabili un più adeguato livello di vita e di protezione sociale, in tutti gli ambiti (cfr. Cass. n. 25379/2016).

A conferma di tale opzione ermeneutica si cita la recentissima pronuncia della Suprema Corte n. 2969/2021, in cui, in motivazione, si ribadisce la necessità di interpretare la norma in questione “in termini costituzionalmente orientati — alla luce dell'art. 3, secondo comma, Cost., e della Carta di Nizza che, al capo 3 — rubricato Uguaglianza — riconosce e rispetta i diritti dei disabili di beneficiare di misure intese a garantire l'autonomia, l'inserimento sociale e la partecipazione alla vita della comunità (art. 26) e al capo 4 — rubricato Solidarietà — tratta della protezione della salute, per la quale si afferma che nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche ed attività dell'Unione è garantito un alto livello di protezione della salute umana”.

Del resto, la citata Convenzione ONU, pienamente efficace ed operativa nel nostro ordinamento (cfr. Cass. n. 7889/2011) stabilisce che (cfr. art. 2, quarto comma) si devono porre in essere gli “accomodamenti ragionevoli” per favorire le persone disabili, intendendosi per tali le modifiche e gli adattamenti necessari ed appropriati che non impongano un onere sproporzionato o eccessivo da adottare, ove ve ne sia necessità in casi particolari, per garantire alle persone disabili, nelle diverse situazioni, il godimento e l'esercizio di tutti i diritti umani e di tutte le libertà fondamentali su base di uguaglianza con gli altri.

Ma va considerato ancora un altro aspetto. — *Omissis*.

In definitiva, applicando i menzionati principi alla presente fattispecie, deve ritenersi che, per quanto sopra detto, le Poste, non abbiano fornito prova sufficiente di aver adottato gli accomodamenti ragionevoli necessari per adeguare

il luogo di lavoro alla posizione del lavoratore disabile che necessita di cure e sostegno da parte dei propri familiari e, in particolare, del padre. — *Omissis*.

Anche perché, è opportuno rammentarlo, la citata Convenzione Onu del 2016 (che in ogni caso esplica anche un effetto interpretativo importante in relazione alla normativa interna), all'art. 27, impone l'obbligo di tutelare "il diritto al lavoro delle persone con disabilità, su base di eguaglianza con gli altri; segnatamente il diritto di potersi mantenere attraverso un lavoro liberamente scelto o accettato in un mercato del lavoro e in un ambiente lavorativo aperto, che favorisca l'inclusione e l'accessibilità alle persone con disabilità" anche attraverso la garanzia che "alle persone con disabilità siano forniti accomodamenti ragionevoli nei luoghi di lavoro" (art. 27, lett. *i*). E in tal caso, il diritto allo svolgimento della prestazione lavorativa del reclamato, a causa delle patologie di quest'ultimo, dipende chiaramente dal fatto che il proprio genitore, trasferito ad Assemini, possa accompagnarlo sul luogo di lavoro.

Quindi, nel caso *de quo*, la ricostruzione del quadro normativo nazionale e sovranazionale e dei principi giurisprudenziali sopra richiamati induce a ritenere che nel necessario contemperamento dei diritti del lavoratore disabile e degli interessi del datore di lavoro, aventi ciascuno copertura costituzionale, debbano essere "valorizzate le esigenze di assistenza e di cura del familiare disabile del lavoratore, occorrendo salvaguardare condizioni di vita accettabili per il contesto familiare in cui la persona con disabilità si trova inserita" (così Cass. n. 24015/2017 che afferma il riportato principio in una fattispecie relativa ad un trasferimento del familiare).

Al contempo, debbono essere evitati i riflessi pregiudizievole che deriverebbero dal trasferimento del lavoratore "ogni volta che le esigenze tecniche, organizzative e produttive non risultino effettive e comunque insuscettibili di essere diversamente soddisfatte" (cfr. Cass. 25379/2016 cit., n. 9201/2012).

Ma su tale specifico aspetto, la società, come sopra evidenziato, non solo non ha dato la prova sufficiente dell'esistenza di esigenze aziendali effettive ed urgenti, insuscettibili di essere altrimenti soddisfatte, ostante alla richiesta del ricorrente, ma non ha neppure dedotto e provato che l'accoglimento della domanda dell'istante avrebbe comportato oneri sproporzionati o eccessivi. — *Omissis*.

Le considerazioni sinora svolte sono dirimenti e assorbono la censura relativa alla asserita omessa valutazione degli accordi di prossimità, ovvero degli accordi sindacali che regolano la mobilità volontaria, da parte del Giudice di prime cure.

In ogni caso, per mera completezza di analisi, si osserva che l'assunto difensivo della società non può essere condiviso, in quanto, in primo luogo, l'odierno reclamato agisce per ottenere un trasferimento individuale e non la partecipazione alle procedure di mobilità regolate dagli accordi sindacali in questione.

In secondo luogo, deve osservarsi che l'art. 44, comma 1, del ccnl di categoria dispone che: "Nei confronti dei dipendenti che si trovino nelle condizioni descritte dalla legge 5 febbraio 1992, n. 104, trovano applicazione le agevolazioni di cui all'art.

33 della Legge medesima e successive modifiche ed integrazioni". Quindi, ove si accedesse alla tesi propugnata dalle Poste secondo cui solo ai lavoratori in possesso dei requisiti di cui all'art. 41 comma 1 del cenl di categoria sarebbe applicabile un regime preferenziale, mentre per tutti gli altri lavoratori l'unica possibilità di ottenere il trasferimento sarebbe data dall'inserimento, secondo una graduatoria formata in base all'assegnazione di punteggi attribuiti in base a criteri prestabiliti, si giungerebbe a ritenere che una disciplina pattizia possa derogare in peius alla disciplina legale che tutela i portatori di handicap, negando il diritto del lavoratore disabile all'assegnazione alla sede più vicina al proprio domicilio.

È solo il caso di precisare che nella specie sussiste anche il requisito del *periculum in mora*.

Infatti, stante la rilevanza costituzionale dei valori coinvolti relativi a diritti umani fondamentali, il mancato accoglimento della domanda comporterebbe danni gravi e irreparabili alla persona del disabile affetto da gravi patologie. — *Omissis*.

Ne consegue che un riconoscimento tardivo del diritto determinerebbe un sostanziale disconoscimento di tutela per gli interessi riconosciuti dal legislatore meritevoli di particolare considerazione.

In conclusione, nel caso in esame, difettando entrambi i requisiti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*, il reclamo dev'essere rigettato.

Le considerazioni sin qui svolte sono dirimenti ed assorbono ulteriori questioni in fatto o in diritto eventualmente contestate in questa sede tra le parti.

Quanto alla regolamentazione delle spese della presente fase di reclamo va detto che esse seguono la soccombenza della parte reclamante e si liquidano in dispositivo, rimanendo confermata la statuizione sul punto del giudice di prime cure nel procedimento *ex art. 700 c.p.c.*

Tali sono i motivi della presente decisione. — *Omissis*.

DISABILITÀ, ACCOMODAMENTI RAGIONEVOLI E ONERI PROBATORI (*)

SOMMARIO: 1. La nozione di disabilità. — 2. Discriminazioni basate sulla disabilità e accomodamenti ragionevoli. — 3. Soluzioni ragionevoli, *repêchage* e prova. — 4. Il trasferimento come soluzione ragionevole.

1. La tutela dei lavoratori disabili risulta da un complesso intreccio di fonti nazionali e sovranazionali ed è da tempo all'attenzione della dottrina e della giurisprudenza, in ragione della rilevanza delle questioni interpretative relative, *in primis* alla nozione di disabilità e, in secondo

(*) Il presente contributo è stato sottoposto a referaggio anonimo a doppio cieco.

luogo, al rilievo dell'obbligo del datore di lavoro di adottare accomodamenti ragionevoli. Le pronunce in commento intervengono sulle questioni evocate, adottando soluzioni che rappresentano un segnale del dialogo con la Corte di giustizia e con le fonti sovranazionali.

La Cassazione, anzitutto, si sofferma sulla nozione di disabilità ai fini dell'applicazione della direttiva 78/2000/CE e, di conseguenza, del d.lgs. n. 216/2003, richiamando le fonti nazionali e internazionali, in particolare la Convenzione ONU del 2006, ratificata dall'UE nel 2009 (1). La Corte riconduce la nozione di *handicap* non al diritto interno, ma "unicamente" al diritto dell'Unione europea, approccio in realtà non nuovo (2), ma significativo del dialogo che la giurisprudenza nazionale intende mantenere con la Corte di giustizia, anche «con riferimento a fattispecie sottratte *ratione temporis* all'applicazione del d.lgs. n. 216/2003, art. 3, comma 3-*bis*» (3). Ai fini della tutela antidiscriminatoria, dunque, la nozione di disabilità non è di carattere medico, secondo le ll. nn. 68/99 e 104/92 (4), bensì di tipo relazionale, e considera cioè «i processi di esclusione determinati da barriere economico-sociali» (5).

Sull'adozione da parte della Corte di giustizia di una nozione diversa di disabilità ha senza dubbio influito l'adesione dell'UE alla Convenzione ONU del 2006 (6), a sua volta tributaria della classificazione della disabilità rivisitata dall'OMS nel 2001 (7). Una prima traccia di questa influenza si trova nella sentenza *NH Danmark* (8), specie nei punti in cui la Corte arriva a stabilire che una malattia che comporti una limitazione alla piena ed effettiva partecipazione al lavoro ricade nella nozione di *handicap* ai sensi della direttiva 2000/78/CE (9). Ciò consente alla Corte di

(1) Sulla nozione di disabilità nelle fonti sovranazionali si vedano, tra gli altri, G. LOY, *La disabilità nelle fonti internazionali*, in *Disabilità e lavoro*, a cura di C. LA MACCHIA, Ediesse, 2009, 33 ss.; W. CHIAROMONTE, *L'inclusione sociale dei lavoratori disabili fra diritto dell'Unione europea e orientamenti della Corte di giustizia*, *VTDL*, 2020, 897 ss.

(2) Cass. 21 maggio 2019, n. 13649; Cass. 11 novembre 2019, n. 29289; Cass. 9 settembre 2016, n. 17867; Cass. 26 ottobre 2018, n. 27243.

(3) Così Cass. 19 marzo 2018, n. 6798.

(4) A. RICCARDI, *Disabili e lavoro*, Cacucci, 2018, 33 ss.; M. PERUZZI, *La protezione dei lavoratori disabili nel contratto di lavoro*, *VTDL*, 2020, 947 ss.

(5) F. MALZANI, *Inidoneità alla mansione e soluzioni ragionevoli: oltre il repêchage*, *ADL*, 2020, 966 ss.

(6) W. CHIAROMONTE, *L'inclusione sociale dei lavoratori disabili* cit., 901 ss.

(7) M.L. CHIARELLA, *Persona e disabilità tra classificazioni internazionali e valori costituzionali*, in *Tutela della persona e disability studies*, a cura di M.L. CHIARELLA - G. COSCO - A.D. MARRA - B. SACCA, Falzea, 2012, 89 ss.; C. COLAPIETRO, *Diritto al lavoro dei disabili e costituzione*, *DLRI*, 2009, 611 ss.

(8) C. giust. 11 aprile 2013, C-335-11 e C-337/11, *HK Danmark*.

(9) M. MILITELLO - D. STRAZZARI, *I fattori di discriminazione*, in *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, a cura di M. BARBERA - A. GUARISO, Giappichelli, 2019, 146 ss.

sganciare la nozione dal carattere della definitività (10), potendo essere detta limitazione transeunte, purché di lunga durata, come si legge anche nelle sentenze successive (11). Una simile posizione è condivisa dalla nostra giurisprudenza (12), anche della Corte costituzionale (13). È dunque con questa nozione di disabilità che la nostra normativa antidiscriminatoria deve confrontarsi, mentre per la disciplina relativa al collocamento, ai permessi e, in generale, alle provvidenze collegate alla disabilità, le nozioni utilizzate sono ancora quelle di tipo medico, incentrate cioè su un *deficit* fisico o psichico (14).

2. Le due pronunce che si commentano rappresentano un esempio di come il dialogo tra la giurisprudenza nazionale con la normativa e la giurisprudenza sovranazionali possa portare a soluzioni innovative e ampliare la tutela delle persone disabili, attraverso l'assoggettamento dei poteri del datore di lavoro a un controllo rigoroso.

Nel caso oggetto della pronuncia di legittimità il lavoratore è stato licenziato per sopravvenuta inidoneità fisica alla mansione precedente, mentre il Tribunale di Bari si occupa del diniego al trasferimento del dipendente disabile di Poste italiane in un comune vicino al domicilio che il lavoratore ha stabilito in conseguenza del trasferimento di residenza del padre e della madre, che gli prestano cure e assistenza. In entrambi i casi il punto centrale delle pronunce è l'obbligo del datore di lavoro di adottare "accomodamenti ragionevoli" di cui alla direttiva 2000/78/CE e alla Convenzione ONU del 2006, introdotto nel nostro ordinamento, a seguito della condanna della Corte di giustizia (15), con il d.l. n. 76/2013,

(10) Che, comunque, consente di far rientrare nella nozione di disabilità anche una malattia cronica, ogni volta che questa comporti una limitazione del genere indicato. Sul punto si v. S. VARVA, *Malattie croniche e lavoro tra normativa e prassi*, q. Riv., 2018, I, spec. 123 ss.; R. BONO, *La giurisprudenza nazionale a tutela del lavoratore disabile tra divieti di discriminazione e obbligo di soluzioni ragionevoli*, in *Salute e benessere dei lavoratori: profili giuslavoristici e di relazioni industriali*, a cura di R. DEL PUNTA - D. GOTTARDI - R. NUNIN - M. TIRABOSCHI, Adapt University Press, 2020, 68 ss.

(11) C. giust. 11 settembre 2019, C-397/18, *DW*.

(12) Cass. 12 novembre 2019, n. 29289; Cass. 19 marzo 2018, n. 6798; T. Firenze 20 marzo 2020, *DRI*, 2021, 190, nt. CAROLLO.

(13) D. FERRI, *La giurisprudenza costituzionale sui diritti delle persone con disabilità e lo Human Rights Model of Disability*, *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2020, 523 ss.

(14) Per quanto riguarda il collocamento mirato, si v. il *Report* di L. CAROLLO, *Il diritto al lavoro delle persone con disabilità ed evoluzioni giurisprudenziali*, INAPP, 2020, spec. 10 ss., reperibile all'indirizzo <https://oa.inapp.org/amlui/handle/123456789/777>; si v. anche R. BONO, *La giurisprudenza nazionale cit.*, 68 ss.

(15) C. giust. 4 luglio 2013, C-312/11, *Commissione vs. Italia*, *DRI*, 2014, 263 ss., nt. AGLIATA, e q. Riv., 2013, II, 935 ss., nt. CINELLI.

convertito in l. n. 99/2013, sanando così una lacuna decisamente inspiegabile (16).

Com'è noto, la nozione di accomodamenti ragionevoli è una nozione elastica, di carattere teleologico (17), idonea a ricomprendere tutti gli adattamenti necessari per consentire al lavoratore in condizione di disabilità di svolgere la prestazione di lavoro su una base di parità con gli altri.

La sentenza della Cassazione prende le mosse dalla sua giurisprudenza più recente (18), che da qualche tempo ha cominciato a intaccare l'interpretazione, formatasi prima del d.lgs. n. 216/2003, secondo la quale il diritto al lavoro dei disabili doveva arrestarsi di fronte al principio dell'intangibilità dell'organizzazione imprenditoriale (19). Secondo alcune sentenze, in particolare, spetta al giudice valutare il «delicato punto di equilibrio» tra «il diritto del disabile a non essere discriminato, quello dell'imprenditore ad organizzare l'azienda secondo le proprie insindacabili scelte» e quello degli altri lavoratori alla conservazione delle mansioni assegnate o, comunque, di mansioni «che ne valorizzino l'esperienza e la professionalità acquisita» (20).

La sentenza della Cassazione in commento sembra spingersi ancora più in là. In primo luogo, dopo aver riconosciuto che quella di accomodamenti ragionevoli è una «nozione a contenuto variabile», strutturalmente indeterminata, la Corte sottolinea che spetta al giudice individuare il contenuto dell'obbligo, sulla base del caso concreto e alla luce dei criteri che la stessa Corte indica. Una precisazione apparentemente scontata è quella secondo cui l'adozione di misure organizzative volte a consentire lo svolgimento dell'attività lavorativa in condizioni di parità con gli altri lavoratori «è prevista in ogni fase del rapporto di lavoro, da quella genetica sino a quella della sua risoluzione». Ciò significa, ad esempio, che l'obbligo di adottare soluzioni ragionevoli deve precedere l'inserimento lavorativo del disabile; in altre parole, la valutazione circa l'esistenza di posizioni lavorative compatibili con le residue capacità della persona disabile deve considerare anche gli adattamenti all'organizzazione del

(16) M. BARBERA, *Le discriminazioni bastate sulla disabilità*, in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, a cura di M. BARBERA, Giuffrè, 2007, 81; non la pensa così M. CINELLI, *op. cit.*, 936.

(17) F. MALZANI, *Inidoneità cit.*, 967.

(18) Cass. 19 marzo 2018, n. 6798.

(19) Il *leading case* è rappresentato da Cass., S.U., 7 agosto 1998, n. 7755, *q. Riv.*, 1999, II, 170 ss., nt. PERA. Sul punto M. AIMO, *Inidoneità sopravvenuta alla mansione e licenziamento: l'obbligo di accomodamenti ragionevoli preso sul serio dalla Cassazione*, *q. Riv.*, 2019, II, 161 ss.

(20) Cass. 19 dicembre 2019, n. 34132.

lavoro che il datore di lavoro è tenuto ad adottare (21), pena la discriminatorietà del rifiuto di assunzione (22). L'ordinanza del Tribunale di Bari, poi, è significativa del fatto che l'adozione di accomodamenti ragionevoli si pone come limite generale, aggiuntivo rispetto a quelli "ordinari", al potere direttivo del datore di lavoro (23).

La Cassazione individua un primo limite all'obbligo del datore di lavoro nel fatto che detti accomodamenti non richiedano un onere finanziario sproporzionato. Sul punto la pronuncia si limita a richiamare il precedente orientamento, rappresentato dalla sentenza n. 27243 del 2018, a sua volta ispirata alle Sezioni unite del 1998 (24). In questa prospettiva, il limite *de quo* si sostanzierebbe nel «mantenimento degli equilibri finanziari dell'impresa» (25). Il richiamo alle Sezioni Unite, tuttavia, potrebbe essere fuorviante. In quella sentenza, la Corte si muoveva in un sistema in cui mancava del tutto la previsione sugli accomodamenti ragionevoli e, richiamando le clausole generali di buona fede e correttezza, imponeva al datore di lavoro l'onere di verificare l'utilizzabilità del lavoratore divenuto inidoneo alle mansioni precedenti in altre posizioni lavorative, anche inferiori, ma senza imporgli di modificare l'organizzazione produttiva e senza aggravio di costi. In un quadro giuridico sensibilmente cambiato, ci si sarebbe aspettati una posizione meno rigida, proprio in considerazione della flessibilità del criterio della proporzionalità dell'onere finanziario per il datore di lavoro e della necessità che, nella valutazione di essa, il giudice tenga in considerazione gli indici individuati dalla stessa direttiva (26).

Quanto al criterio della ragionevolezza, la sentenza apre la strada a un controllo molto approfondito del giudice in ordine alle misure adottabili dal datore di lavoro. La Corte muove dal consolidato orientamento secondo il quale nei rapporti di lavoro non può configurarsi «un obbligo giuridico a valenza generale di ragionevolezza» (27) per affermare che «laddove il legislatore esplicitamente stabilisca — come nella specie — che la condotta datoriale debba essere improntata al carattere della ragione-

(21) M.D. FERRARA, *L'avviamento al lavoro dei disabili: verso il collocamento mirato "personalizzato" e la soluzione ragionevole "a responsabilità condivisa"?*, VTDL, 2020, 935 ss.

(22) M. BARBERA, *Le discriminazioni basate sulla disabilità*, op. cit., 122, che sottolinea come «l'idoneità allo svolgimento del lavoro dovrà essere misurata dopo e non prima l'individuazione delle misure che consentano l'adattamento delle condizioni di lavoro».

(23) In questo senso anche M. DE FALCO, *L'accomodamento per i lavoratori disabili: una proposta per misurare ragionevolezza e proporzionalità attraverso l'INAIL*, LDE, 3, 2021.

(24) Cass., S.U., 7 agosto 1998, n. 7755, q. Riv., 1999, II, 170, nt. PERA.

(25) Così Cass. 26 ottobre 2018, n. 27243.

(26) Come suggerisce M. BARBERA, *Le discriminazioni sulla base della disabilità*, op. cit., 108.

(27) Com'è noto, il dibattito sul punto è stato innescato da C. cost. 9 marzo 1989, n. 103, che aveva sostenuto l'operare del principio di parità di trattamento all'interno del contratto di lavoro. La Cassazione, in seguito, ha invece sostenuto l'inapplicabilità dell'art. 3 della Costituzione nei rapporti interprivati: si v. Cass., S.U., 29 maggio 1993, n. 6030.

volezza, il controllo sia dovuto anche sotto questo specifico profilo». Nell'analisi del caso concreto il giudice dovrà pertanto considerare «gli interessi giuridicamente rilevanti delle parti coinvolte: l'interesse del disabile al mantenimento di un lavoro confacente (...) e l'interesse del datore di lavoro a garantirsi comunque una prestazione lavorativa utile per l'impresa». Una valutazione nella quale vengono in gioco valori diversi, non necessariamente confliggenti, e che può implicare l'adozione di soluzioni che — è forse questo il passaggio più significativo della sentenza — comportino ricadute anche sugli altri lavoratori. Con ciò la Corte, da un lato, supera la giurisprudenza sull'intangibilità delle posizioni organizzative degli altri lavoratori (28) e, dall'altro, legittima tutte le modifiche che non superino i limiti derivanti da situazioni di diritto soggettivo. In altre parole, il datore di lavoro può intervenire anche sulle posizioni dei colleghi del lavoratore, entro i limiti al potere direttivo derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva (29), al fine di consentire al disabile il mantenimento del posto di lavoro oppure, come nel caso deciso dall'ordinanza del Tribunale di Bari, al fine di garantirgli di svolgere la prestazione nel luogo più vicino alla propria residenza o a quella delle persone che gli prestino assistenza.

3. La giurisprudenza più recente, nel caso di licenziamento per inidoneità sopravvenuta impone al datore di lavoro non solo la dimostrazione dell'impossibilità di *repêchage*, anche verso mansioni inferiori (30), come avviene in ogni caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo (31), ma anche di non poter adottare accomodamenti ragionevoli. La sentenza della Cassazione sottolinea correttamente che l'obbligo

(28) Si v. però Cass. 23 febbraio 2021, n. 4896, che si colloca nel filone giurisprudenziale più restrittivo, negando decisamente che le misure organizzative del datore di lavoro «possano incidere negativamente sulle mansioni e sulle altre condizioni di lavoro degli altri lavoratori». Per una condivisibile critica a detta posizione si v. M. DE FALCO, *L'accomodamento per i lavoratori disabili* cit.

(29) *Contra* Cass. 23 febbraio 2021, n. 4896.

(30) Cass. 11 novembre 2019, n. 29100, *Ilgiustlavorista.it*, 13 gennaio 2020, nt. SANTINI. In dottrina si v. C. ALESSI - F. RAVELLI, Sub *Art. 2103 c.c.*, in *Commentario alle leggi sul lavoro*, a cura di R. DEL PUNTA - F. SCARPELLI - P. RAUSEI, Wolters Kluwer, 2020, 444 ss. Si v. anche E. VILLA, *Fondamento e limiti del repêchage nel licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo*, *DRI*, 2020, 133 ss.; *contra* M. FERRARESI, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento. Dalla legge 604 del 1966 al contratto a tutele crescenti*, Giappichelli, 2016, 122 ss.

(31) E. VILLA, *Fondamento e limiti* cit., 116 ss.; R. DEL PUNTA, *Sulla prova dell'impossibilità di ripescaggio nel licenziamento economico*, in *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, a cura di A. PERULLI, Giappichelli, 2018, 55 ss.; M.T. CARINCI, *L'obbligo di ripescaggio nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo di tipo economico alla luce del Jobs Act*, *q. Riv.*, 2017, I, 200 ss.; B. CARUSO, *La fattispecie "giustificato motivo oggettivo" di licenziamento tra storia e attualità*, *CSDLE*, It, n. 323/2017. Per un riepilogo della questione si rinvia a C. ALESSI, *Il giustificato motivo oggettivo nel pensiero di Mario Napoli*, *RGL*, 2018, I, spec. 313 ss.

datoriale di *repêchage*, già sancito per il caso di sopravvenuta inidoneità alla mansione o di aggravamento della condizione di invalidità da specifiche previsioni di legge (32), deve essere integrato dalla ricerca di accomodamenti ragionevoli «in un'ottica di ottimizzazione delle tutele giustificata dall'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà sociale» (33).

La pronuncia precisa anzitutto che la mancata adozione di soluzioni ragionevoli comporta, *anche a prescindere dalla riqualificazione dell'atto come discriminatorio*, l'applicazione della tutela ripristinatoria. Si tratta di un *obiter dictum*, ma che tocca un nodo di grande rilievo sistematico, dal momento che è discussa la riconducibilità del licenziamento motivato dall'inidoneità psico-fisica del lavoratore al licenziamento discriminatorio (34). Quanto alla prova di cui è onerato il datore di lavoro, la pronuncia in commento ripercorre gli orientamenti in tema di *repêchage*, integrandoli con la prova dell'impossibilità di adottare soluzioni ragionevoli. In primo luogo, secondo l'orientamento più recente della Cassazione, inaugurato dalla sentenza n. 5592 del 2016 (35), viene ribadito che al datore di lavoro spetta non solo l'allegazione, ma anche la prova dell'impossibilità di *repêchage*, «senza che sul lavoratore incomba un onere di allegazione dei posti di lavoro disponibili» (36).

Come correttamente sottolinea la Corte, a questi oneri probatori si aggiunge «quello distinto relativo all'adempimento dell'obbligo di accomodamento ragionevole» che costituisce anch'esso «condizione di legittimità del recesso». In altre parole, il datore di lavoro dovrà provare anche di aver posto in essere «atti o operazioni strumentali rispetto all'avveramento dell'accomodamento ragionevole», che dimostrino «uno sforzo diligente ed esigibile per trovare una soluzione organizzativa appropriata».

(32) Il riferimento è all'art. 4, co. 4, l. n. 68/1999 e all'art. 42, d.lgs. n. 81/2008. Si v. A. RICCARDI, *Disabili e lavoro* cit., 181 ss.; F. MALZANI, *Inidoneità alla mansione* cit., 969 ss.; M. PERUZZI, *La prova del licenziamento ingiustificato e discriminatorio*, Giappichelli, 2017, 197 ss.

(33) Cass. 19 marzo 2018, n. 6798; Cass. 26 ottobre 2018, n. 27243. In dottrina M. AIMO, *Inidoneità sopravvenuta alla mansione* cit., 165 ss.; L. CAROLLO, *Un itinerario giurisprudenziale sul collocamento mirato, DRI*, 2021, 190 ss.; M. DE FALCO, *L'accomodamento per i lavoratori disabili* cit.

(34) Sul punto si rinvia a S. BORELLI - A. GUARISO - L. LAZZERONI, *Le discriminazioni nel rapporto di lavoro*, in *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, cit., 221 ss.; M. PERUZZI, *Diritto antidiscriminatorio e illegittimità del licenziamento per inidoneità psico-fisica: (ri)costruzione di una fattispecie, LDE*, n. 2/2020.

(35) Cass. 22 marzo 2016, n. 5592, q. *Riv.*, 2016, II, 455, nt. BELLE e GIANNI. Nello stesso senso Cass. 4 marzo 2021, n. 6084. Secondo alcune pronunce, tuttavia, la mancata allegazione da parte del lavoratore dei posti di lavoro disponibili può corroborare la prova dell'impossibilità di ricollocazione fornita dal datore di lavoro: si v. Cass. 23 maggio 2018, n. 12794; Cass. 17 ottobre 2019 n. 26460, *D&G*, 18 ottobre 2019, nt. SICCARDI.

(36) Alcune pronunce, tuttavia, continuano a imporre detto onere al lavoratore. Si v., da ultimo, T. Messina 10 marzo 2021; T. Cassino 17 gennaio 2019.

L'onere grava interamente sul datore di lavoro, così come l'obbligo di *repêchage*, essendo escluso che il lavoratore debba allegare o provare quali modifiche dell'organizzazione aziendale avrebbero potuto consentire il suo utile reimpiego all'interno di essa. Tra le iniziative utili a consentire lo svolgimento della prestazione, occorre ricordare anche l'erogazione della formazione necessaria all'adeguamento della professionalità del lavoratore rispetto alle mansioni di destinazione, formazione che risulta dovuta in ogni ipotesi di mutamento di mansioni, ai sensi dell'art. 2103 c.c. (37). È proprio alla luce della norma in esame che si può sostenere che gli accomodamenti ragionevoli richiesti dal d.lgs. n. 216/2003 consistono in tutte le iniziative *ulteriori* rispetto a quelle che formano già oggetto di un obbligo del datore di lavoro, come nel caso della formazione. La valutazione della eccessiva gravosità dell'onere richiesto al datore di lavoro, in altre parole, non può includere anche i costi collegati all'erogazione della formazione richiesta per lo svolgimento delle nuove mansioni.

4. La questione del trasferimento del lavoratore disabile come accomodamento ragionevole deve essere affrontata alla luce delle considerazioni appena svolte, come del resto risulta dall'ordinanza del Tribunale di Bari, che riguarda un lavoratore disabile ai sensi della l. n. 104/1992.

In primo luogo, l'ordinanza si pone nel solco della giurisprudenza che considera il diritto alla scelta della sede di lavoro più vicina al domicilio della persona da assistere (o delle persone che prestano assistenza al lavoratore disabile) esercitabile non solo nella fase genetica del rapporto di lavoro, ma anche durante lo svolgimento dello stesso (38), ogni qualvolta insorga l'esigenza che la norma intende tutelare (39). Il diritto, inoltre, dopo le diverse modifiche intervenute sul testo dell'art. 33, l. n. 104/1992, spetta al familiare, anche non convivente, del disabile e non richiede (più), come in passato, la continuità e l'esclusività dell'assistenza (40), sicché la presenza di altri familiari in grado di prestare assistenza al disabile non è, di per sé, una ragione sufficiente a giustificare il rifiuto del trasferimento (41). Anche la gravità della disabilità non è più,

(37) C. ALESSI - F. RAVELLI, *op. cit.*, spec. 452 ss.

(38) Cass. 1° marzo 2019, n. 6150.

(39) In questo senso Cass. 1° marzo 2019, n. 6150; Cass. 18 dicembre 2013, n. 28320; T. Roma 20 maggio 2020.

(40) In proposito, TAR Bologna 18 gennaio 2016, n. 57.

(41) Cons. Stato 14 luglio 2020, n. 4549; T. Roma 20 maggio 2020.

secondo la giurisprudenza, un requisito necessario a fondare la richiesta del lavoratore (42).

In secondo luogo, il Tribunale, dopo aver ricordato che il diritto previsto dall'art. 33 non è incondizionato (43), precisa tuttavia che «incombe sul datore di lavoro l'onere di dimostrare in modo specifico e puntuale quali siano le concrete ragioni che rendono impossibile l'assegnazione a una sede più vicina». La prova, in questo caso, appare più rigorosa di quella relativa alle esigenze che giustificano il trasferimento del lavoratore non disabile: mentre nell'ipotesi in cui è il datore di lavoro a disporre il trasferimento pare sufficiente la dimostrazione della sussistenza di ragioni organizzative, senza che sia necessario provare l'inevitabilità del provvedimento (44), nel caso del rifiuto del trasferimento richiesto dal disabile è dovuta la prova dell'impossibilità di adottare il provvedimento, in ragione del rilievo costituzionale degli interessi sottesi al diritto in parola (45). In particolare, secondo la giurisprudenza, il diritto del disabile (o dei *caregivers*) può essere sacrificato solo ove il suo esercizio leda «in maniera consistente le esigenze economiche, produttive e organizzative dell'impresa», che devono essere allegare e provate dal datore di lavoro, pubblico o privato (46).

Il Tribunale aggiunge, infine, che la società è tenuta a dimostrare altresì che «l'accoglimento della domanda dell'istante avrebbe comportato oneri sproporzionati o eccessivi». È in questo passaggio dell'ordinanza che si può cogliere l'influenza della giurisprudenza della Corte di giustizia e quella della Convenzione ONU, richiamate nella motivazione. L'ordinanza sottolinea che l'art. 27 della Convenzione obbliga all'adozione di soluzioni ragionevoli in funzione della tutela del «diritto al lavoro delle persone con disabilità, su base di eguaglianza con altri» e, in particolare, del diritto «di potersi mantenere attraverso un lavoro liberamente scelto o accettato, in un mercato del lavoro e in un ambiente lavorativo aperto, che favorisca l'inclusione e l'accettabilità alle persone con disabilità». In una simile prospettiva, insomma, al datore di lavoro è imposto un onere di adottare provvedimenti che, nei limiti sopra indicati, possono comportare anche ricadute sulle posizioni lavorative altrui. Nell'ipotesi del trasferimento motivato da esigenze di mantenimento dell'assistenza al disabile, ad esempio, si può ritenere che il datore di lavoro sia tenuto a valutare la possibilità di organizzare diversamente la propria

(42) Cass. 19 maggio 2017, n. 12729; Cass. 7 giugno 2012, n. 9201.

(43) Cass. 1 marzo 2019, n. 6150.

(44) C. ALESSI - F. RAVELLI, *op. cit.*, 457 ss. e giurisprudenza ivi citata.

(45) TAR Napoli 3 maggio 2021; T. Palermo 3 luglio 2020.

(46) T. Roma 10 gennaio 2019; Cass. 11 ottobre 2017, n. 23857, *q. Riv.*, 2018, II, 82, nt. DI NOIA.

attività, anche attraverso la modifica del luogo di lavoro di altri lavoratori, qualora ciò non comporti il sacrificio di posizioni soggettive di diritto, come la giurisprudenza più recente pare ammettere.

CRISTINA ALESSI
*Ordinaria di diritto del lavoro
nell'Università di Brescia*