

Accomodamenti ragionevoli e discriminazioni

*Atti del convegno
Ferrara, 27 novembre 2023*

Quaderni IEN n. 1/2024

ACCOMODAMENTI RAGIONEVOLI E DISCRIMINAZIONI

Atti del convegno

Ferrara, 27.11.2023

Quaderni IEN n. 1/2024

© 2024 Rete per l'uguaglianza

ISBN versione ebook 979-12-9851-615-1

Pubblicato il 25 novembre 2024

Sommario

ACCOMODAMENTI RAGIONEVOLI E DISCRIMINAZIONI	1
INTRODUZIONE	3
L'ACCOMODAMENTO RAGIONEVOLE: RIMEDIO O NUOVA FORMA DI DISCRIMINAZIONE? di Olivia Bonardi	5
A SYSTEMIC INTERPRETATION OF REASONABLE ACCOMMODATION IN THE UN CONVENTION ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES: A TOOL FOR TRANSFORMATIVE EQUALITY AND SOCIAL JUSTICE di Tzehainesh Teklè	42
PER UNA PROCEDIMENTALIZZAZIONE DEGLI ACCOMODAMENTI RAGIONEVOLI di Paolo Pascucci	61
L'AVVOCATO NEL LABIRINTO DEL PROCESSO A TUTELA DEL DISABILE di Alberto Guariso	66

INTRODUZIONE

La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, ratificata dal nostro paese con l. n. 18/2009, prescrive di adottare una definizione bio-psicosociale di disabilità, secondo cui «la disabilità è il risultato dell'interazione tra persone con menomazioni e barriere comportamentali ed ambientali, che impediscono la loro piena ed effettiva partecipazione alla società su base di uguaglianza con gli altri» (preambolo, lett. e)).

La medesima Convenzione impone di adottare accomodamenti ragionevoli, ossia «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» (art. 2).

L'obbligo di adottare accomodamenti ragionevoli per i datori di lavoro era già stato previsto dalla direttiva 2000/78/CE, recepita in Italia con il d. lgs. 216/2003. La Convenzione ONU, approvata dalla Comunità europea (oggi, Unione europea) con la decisione del Consiglio 2010/48/CE, ha significativamente inciso sulla giurisprudenza della Corte di giustizia che, in più occasioni, ha sottolineato l'esigenza di interpretare la direttiva 2000/78/CE in modo - per quanto possibile - conforme alla Convenzione ONU (tra le tante, v. C. giusto. 18 gennaio 2024, *Ca Na Negreta*, C-631/22, § 41). In particolare, la Corte di giustizia ha abbandonato la definizione di disabilità fornita in *Chacon Navas* (11 luglio 2006, C-13/05) e ha pienamente recepito la definizione bio-psicosociale di disabilità, affermando che questa «deve essere intesa come concernente 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 della persona interessata alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori» (C. giuste. 18 gennaio 2024, *Ca Na Negreta*, C-631/22, § 34).

Nell'ordinamento italiano, l'obbligo di adottare accomodamenti ragionevoli è stato introdotto solo con il d. l. 76/2013, a seguito di una procedura d'infrazione conclusa con la sentenza della Corte di giustizia del 4 luglio 2013 (*Commissione europea v. Repubblica italiana*, C-312/11).

Di recente, i divieti di discriminazione in ragione della disabilità e l'obbligo di adottare accomodamenti ragionevoli sono stati oggetto di numerose pronunce delle corti italiane di merito e di legittimità. A partire da questa copiosa giurisprudenza, nel corso del convegno su *Accomodamenti ragionevoli e discriminazioni* si è cercato di fornire alcune risposte in merito a numerose questioni, quali: il rapporto tra i divieti di discriminazione e l'obbligo di adottare accomodamenti ragionevoli; la natura e il contenuto di tale obbligo; l'esigenza o meno di richiedere un accomodamento da parte del lavoratore; la conoscenza o la conoscibilità della disabilità da parte del datore di lavoro; il ruolo delle parti sociali nel facilitare l'adempimento dell'obbligo di adottare accomodamenti ragionevoli; il sindacato dei e delle giudici sulle misure adottate per adempiere a tale obbligo; quando l'onere finanziario può dirsi sproporzionato.

Il convegno, organizzato da UNIFE Inclusiva con il patrocinio dell'*Italiane Equality Network* e della Consigliera provinciale di parità di Ferrara, si è tenuto il 27 novembre 2023 presso la Sala Consiliare del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Ferrara. La data del 27 novembre è stata scelta in quanto rappresenta una data cerniera tra il 25 novembre, *Giornata Internazionale per l'eliminazione della violenza contro le donne*, e il 3 dicembre, *Giornata Internazionale delle persone con disabilità*; in tal modo viene enfatizzato il carattere spesso intersezionale o multiplo della discriminazione, come sottolineato dalla Convenzione ONU.

Nella stessa prospettiva si muove il Tavolo provinciale di lavoro su *Donne e Disabilità*, creato dalla Consigliera provinciale in collaborazione con l'Università di Ferrara, a cui aderiscono parti sociali, soggetti economici, agenzie attive sul territorio, come l'Agenzia regionale per il lavoro, e gli attivisti del Forum ferrarese delle persone con disabilità.

Obiettivo del Tavolo è promuovere, nel territorio ferrarese, la raccolta di dati disaggregati per genere, in coerenza con la Strategia nazionale di parità, al fine di mappare la condizione che le persone con disabilità vivono all'interno di questo territorio, e di farne emergere i bisogni. Il Tavolo si propone, come finalità ultima, di elaborare percorsi capacitanti di emancipazione, in termini di azioni positive e di contrasto alle discriminazioni soprattutto in ambito lavorativo, per un'effettiva e piena inclusione sociale nella convivenza delle differenze, per dare piena cittadinanza alle persone con disabilità, in particolare alle donne con disabilità, che vivono e lavorano nella provincia.

Il convegno ferrarese è stato suddiviso in due parti. Nella prima, sono intervenute Tzehainesh Teklè (Prof.ssa a contratto, Dipartimento di Giurisprudenza, Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano), Paolo Pascucci (Prof. ordinario, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli studi di Urbino Carlo Bo) e Olivia Bonardi (Prof.ssa ordinaria, Dipartimento di Scienze sociali e politiche, Università statale di Milano). I loro interventi, accuratamente rielaborati alla luce delle più recenti decisioni giurisprudenziali, sono pubblicati nel presente volume.

Nella seconda parte del convegno si è svolta una tavola rotonda, introdotta dalle brevi comunicazioni di Rita Reali (Presidente del Comitato per le pari opportunità dell'Ordine degli Avvocati e delle Avvocato di Ferrara), Tamara Zappaterra (Prorettrice alla diversità, equità e inclusione dell'Università degli studi di Ferrara) e Cecilia Sorbilli (Pedagogista, counselor e attivista per i diritti delle persone con disabilità). Nel corso della tavola rotonda, Laura Curcio (Presidente dell'*Italian Equality Network*), Chiara Colosimo (Giudice del Tribunale di Milano), Elisabetta Tarquini (Giudice della Corte d'Appello di Firenze), Sara Passante (Avvocata del Foro di Bologna e dell'Associazione Comma 2), Francesco Rizzi (Avvocato del Foro di Brescia) e Alberto Guariso (Avvocato del Foro di Milano) hanno vivacemente discusso delle numerosissime decisioni dei giudici di merito e di legittimità in materia di disabilità, discriminazioni e accomodamenti ragionevoli. Il contributo di Alberto Guariso è pubblicato in versione ampliata e aggiornata nel presente volume.

La registrazione del Convegno è disponibile ai seguenti link:

- Parte I (mattino): <https://www.youtube.com/watch?v=Bn6NcGnKLvQ>
- Parte II (pomeriggio): https://www.youtube.com/watch?v=cJa_sEUPC5Y

Le organizzatrici e gli organizzatori del Convegno, così come le giuriste e i giuristi che aderiscono all'*Italian Equality Network*, ritengono che sia necessario promuovere la conoscenza del diritto antidiscriminatorio, sottosistema normativo diretto a proteggere la diversa e composita identità di ciascuna persona. Da questa urgenza condivisa nascono i Quaderni di IEN.

Sonia Alvisi (Consigliera di parità della Regione Emilia-Romagna), Silvia Borelli (Università degli studi di Ferrara), Annalisa Felletti (Consigliera di parità della provincia di Ferrara), Sofia Gualandi (Università degli studi di Ferrara), Rita Mazzanti (Avvocata del Foro di Ferrara), Cristian Moretti (Università degli studi di Ferrara), Rita Reali (Presidente del Comitato per le pari opportunità dell'Ordine degli Avvocati e delle Avvocato di Ferrara), Tamara Zappaterra (Prorettrice alla diversità, equità e inclusione, Università degli studi di Ferrara).

L'ACCOMODAMENTO RAGIONEVOLE: RIMEDIO O NUOVA FORMA DI DISCRIMINAZIONE? di Olivia Bonardi*

SOMMARIO: 1. Il diritto agli accomodamenti ragionevoli – 2. Gli accomodamenti ragionevoli nel d. lgs. n. 62/24 – 3. Il diniego di a.r.: discriminazione diretta, indiretta o nuova fattispecie autonoma? – 4. Alcune distinzioni utili. Gli a.r. tra obblighi di sicurezza e tutela della fragilità – 5. I criteri di valutazione dell'obbligo degli a.r. e dei suoi limiti tra correttezza e buona fede e costo sproporzionato – 6. Aspettando la Corte di giustizia a) Diritto agli a.r. e superamento del periodo di comportamento – 7. (segue) Aspettando la Corte di giustizia b) l'estensione del diritto agli a.r. ai caregivers – 8. Conclusioni per guardare avanti: l'accomodamento ragionevole oltre la disabilità.

1. Il diritto agli accomodamenti ragionevoli

Il diritto agli accomodamenti ragionevoli (d'ora in poi per brevità a.r.) sancito prima dalla dir. 2000/78/CE e poi dalla Convenzione Onu del 2006, è entrato, per così dire, in sordina nel nostro ordinamento, per diventare, solo negli anni più recenti, oggetto dell'attenzione della giurisprudenza e, solo conseguentemente, della dottrina. Non che gli studiosi del diritto antidiscriminatorio non ne avessero immediatamente percepito la portata innovativa¹; piuttosto, i ritardi nel suo recepimento da parte dell'Italia, uniti alle incertezze circa la sua esatta portata e a quelle contigue connesse alla nuova definizione di disabilità, derivante dalla fonte internazionale, hanno fatto sì che per lunghi anni il tema rimanesse di nicchia. Sono solo le più recenti decisioni della Corte di Cassazione, che hanno riconosciuto la rilevanza del diritto agli a.r. ai fini della valutazione di legittimità del licenziamento per inidoneità sopravvenuta al lavoro o per superamento del periodo di comportamento, a farne un tema *à la page*. E tuttavia, proprio l'attenzione che gli viene ora dedicata pone in luce alcune tematiche di fondo che tuttora necessitano di adeguata sistemazione. Si allude, in particolare, alle questioni della qualificazione – come discriminazione diretta, indiretta o come nuova fattispecie del diniego dell'a.r. – dell'esatta individuazione del punto di bilanciamento tra a.r. e libertà di organizzazione dell'impresa e, infine, dell'estensibilità dal diritto oltre i confini della disabilità ad altri fattori di discriminazioni, quali le esigenze di cura di altri, la religione, l'età.

Dando qui, per esigenze di spazio, per acquisite le definizioni di a.r. e le vicende che hanno portato alla condanna dell'Italia per inadempimento della direttiva e al suo successivo recepimento, ormai note², pare invece utile dare conto dell'interpretazione datane dal *Committee on the Rights of Persons with disabilities* (d'ora in poi Crpd), in particolare nei *General Comments* n. 6 del 2018 e n. 8 del 2022, il primo dedicato a eguaglianza e non discriminazione e il secondo ai diritti delle persone con disabilità sul lavoro e nell'occupazione³. Ciò consente, anzitutto, di comprendere la natura individualizzata e sartoriale del diritto in questione⁴. Esso si distingue inoltre dal diritto all'accessibilità, che *ex ante* impone l'adozione di sistemi e di processi progettati in modo da potere

* Alcuni dei contenuti del presente saggio sono stati anticipati in *Le soluzioni ragionevoli per i disabili come tecnica di prevenzione della discriminazione?*, pubblicato sul fasc. n. 3/2024 della *Rivista giuridica del lavoro*. Olivia Bonardi è Prof.ssa ordinaria, Dipartimento di Scienze sociali e politiche, Università Statale di Milano

¹ Barbera 2007, 77.

² Si v., tra i molti, i contributi del fascicolo monografico di *VTDL*, n. 4/2020.

³ Su cui si v. il contributo di Teklè in questo volume.

⁴ Nunin 2020, 890; Teklè 2024, 139; De Falco 2021, 16.

essere fruibili universalmente, affinché tutti possano accedere a un luogo, un servizio o un prodotto su base di eguaglianza con gli altri. L'a. r. invece è una misura destinata a operare *ex nunc*, nel momento in cui la persona con disabilità richiede un accesso a un ambiente o a una posizione per lei non accessibile, o in cui non può esercitare i propri diritti. L'a.r. costituisce dunque un dovere integrativo, volto a compensare la mancanza di accessibilità, laddove la progettazione universale abbia fallito o si sia rivelata insufficiente rispetto alla specifica situazione della persona con disabilità. Esso mira quindi a tenere conto anche della poliedricità delle interazioni tra la persona e le barriere esistenti⁵. Date le sue finalità e le sue caratteristiche, però, l'a.r. pur essendo individualizzato, può anche divenire un bene collettivo o pubblico. Ciò avviene tutte le volte che esso, pur posto in essere a fronte di uno specifico bisogno di un singolo, possa poi essere destinato ad essere fruito dall'intera collettività⁶. Si può fare l'esempio della rimozione di un gradino (che dovrebbe essere a priori misura di accessibilità, ma che viene realizzato *ex nunc* a seguito di specifica richiesta), che poi può avvantaggiare anche altri nelle medesime condizioni o tutti, prevenendo il rischio di inciampo. È questo un aspetto dell'a.r. fondamentale da tenere presente, perché segna e conferma l'esistenza di un nesso anche giuridicamente rilevante tra il diritto individualizzato e la sua dimensione collettiva, a tutela dell'intero gruppo protetto ed eventualmente anche a vantaggio dell'intera collettività.

Altrettanto importante è avere chiara la distinzione tra a.r. e azioni positive. In proposito, il Crpd ha precisato che, sebbene entrambi i concetti aspirino a realizzare l'eguaglianza "*de facto*"⁷, l'obbligo di a.r. è un dovere individualizzato, mentre le azioni positive mirano a introdurre un trattamento preferenziale per affrontare storiche, sistemiche esclusioni. Volendo andare più in dettaglio, e tentando di declinare le indicazioni del Crpd all'interno dell'ordinamento nazionale, si può altresì osservare che mentre l'a.r. ha sempre carattere obbligatorio e interviene a fronte di una limitazione di un diritto o di un'opportunità in atto, l'azione positiva può avere carattere sia volontario, sia obbligatorio, laddove ad esempio sia imposta dal legislatore o ordinata dal giudice all'interno di un piano di rimozione della discriminazione⁸. Inoltre, mentre l'a.r. presuppone che la barriera da rimuovere sia dovuta a fatti rientranti nella sfera dell'accomodante, l'azione positiva può mirare a porre rimedio a una situazione di diseguaglianza che può derivare anche da fatti esterni alla sfera di questi. La distinzione, peraltro, non esclude affatto che le due fattispecie possano in parte sovrapporsi: come si è osservato sopra, una misura nata come a.r. può rivelarsi a beneficio dell'intero gruppo di persone con disabilità o addirittura dell'intera collettività. Basti pensare, per fare un altro esempio, all'ordine del medico di spolverare i locali del caso Casti, che al contempo: a) protegge il lavoratore divenuto disabile, b) consente a tutti i lavoratori affetti da disabilità connesse a patologie croniche alle vie respiratorie di continuare a lavorare senza vedere la loro condizione peggiorata, e c) previene l'insorgere di analoghe patologie a carico degli altri lavoratori⁹.

È bene sottolineare sin da ora che, in ogni caso, l'a.r. implica l'avvio di un dialogo tra obbligato e persona con disabilità, i cui elementi chiave consistono anzitutto nell'identificazione e rimozione delle barriere e dell'a.r. a tal fine necessario; nella valutazione della legalità e praticabilità dell'a.r.; della sua necessità e appropriatezza ai fini della realizzazione del diritto in questione; della

⁵ Waddington 2011,185.

⁶ Crpd, *General Comment* n. 6.

⁷ Per le ragioni che verranno esposte al §3 preferisco qui utilizzare l'espressione prescelta dal Comitato Onu, al fine di mantenerla distinta dal concetto di eguaglianza sostanziale di cui al comma 2 dell'art. 3 Cost.

⁸ Per questi aspetti si rinvia a Barbera 1991,98.

⁹ Cass. 19.03.2018, n. 6798.

valutazione dell'onere imposto e della proporzionalità tra i mezzi impiegati e i fini; nella verifica che il disabile non debba sopportare i costi dell'a.r.¹⁰. Non sono mancati in dottrina rilevanti contributi che hanno precisato come la procedura di individuazione dell'a.r. in dialogo con la persona richiedente sia elemento di adempimento dell'obbligo¹¹.

2. Gli accomodamenti ragionevoli nel d. lgs. n. 62/2024

Il recentissimo d. lgs. n. 62/2024 ha finalmente dato attuazione alle previsioni della legge delega n. 227/21 volta ad introdurre nel nostro ordinamento la nozione bio-psicosociale di disabilità e, più in generale, a ridefinire il quadro normativo, riconoscendo il diritto alla valutazione multidimensionale per la definizione di un “progetto individuale, personalizzato e partecipato” (Pipp), finalizzato all'inclusione e alla realizzazione delle condizioni necessarie per garantire l'autodeterminazione e una vita indipendente alle persone disabili. Tralasciando le questioni di carattere generale sottese all'interpretazione della nuova normativa, e relative sia alla nuova definizione sia alle nuove modalità di accertamento della disabilità, che non possono qui essere approfondite¹², è utile spendere qualche parola sulle previsioni relative agli a.r.

È chiaro, sin dal c. 2 dell'art. 1, che la finalità del nuovo decreto è più limitata rispetto all'ampia rilevanza che il diritto agli a.r. ha nell'ambito del rapporto di lavoro. Lo scopo è infatti quello di garantire “l'effettivo e pieno accesso al sistema dei servizi, delle prestazioni, dei supporti, dei benefici e delle agevolazioni, anche attraverso il ricorso all'accomodamento ragionevole e al progetto di vita individuale, personalizzato e partecipato secondo i principi di autodeterminazione e non discriminazione”. Emerge già qui chiaramente una certa confusione, laddove il decreto accosta l'accomodamento ragionevole (considerato al singolare) al progetto di vita individuale personalizzato e partecipato, mentre, successivamente, all'articolo 17, l'accomodamento è definito nell'ambito del progetto in questione. La tutela continua a ruotare intorno alla L. 104/92, peraltro modificata nella fondamentale definizione di disabilità di cui all'art. 3, che non sembra implicare cambiamenti rilevanti sui diritti connessi alle situazioni di handicap grave (ma potrebbe averne sull'accertamento di detta situazione), poiché in base all'art. 4, c.1, lett. c, i richiami presenti nella legislazione a detta condizione si intendono ora riferiti alle situazioni di disabilità “con necessità di sostegno elevato o molto elevato”, a cui ora fa riferimento il nuovo c.3 dell'art. 3, L. 104/1992 come mod. dall'art. 3, c.1, d lgs. n. 62/2024.

Il nuovo art. 5 bis della L. 104/1992 stabilisce che “l'accomodamento ragionevole (...) individua le misure e gli adattamenti necessari, pertinenti, appropriati e adeguati che non impongano un onere sproporzionato o eccessivo al soggetto obbligato”. La norma sembra enucleare una sorta di super categoria di a.r., all'interno della quale sono contenute le misure e gli adattamenti necessari. La norma prevede altresì che l'a.r. sia individuato “nei casi in cui l'applicazione delle disposizioni di legge non garantisca alle persone con disabilità il godimento dell'effettivo e tempestivo esercizio, su base di uguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali”. Pur precisando, al c. 2, che l'a.r. non sostituisce o delimita il diritto al pieno accesso alle prestazioni e servizi ai sostegni previsti dalla legislazione, la norma sembra avere un ambito di applicazione decisamente ristretto rispetto a quanto desumibile sia dalla Convenzione Onu del 2006, sia dal diritto eurounitario. Ciò

¹⁰ Crdp, *General comment n. 6*.

¹¹ Pascucci 2023b, 37.

¹² Bonardi 2022, 1; Belli 2023, 1; De Falco 2022, 1738.

perché il c.4 dell'art. 5, nel definire le modalità di effettuazione della valutazione di base della disabilità, dispone che “la tutela dell'accomodamento ragionevole”, così come definito dal nuovo art. 5 bis della l. n. 104/92, consegue al riconoscimento della disabilità. Si pone così come prerequisito per l'accesso all'a.r. la certificazione della condizione di disabilità. Si tratterebbe, però, di una interpretazione totalmente in contrasto con la giurisprudenza della Corte di giustizia, che sin dalle prime decisioni ha chiarito l'applicabilità del diritto a prescindere dalla sussistenza della certificazione in questione e che, in ogni caso, i diritti agli a.r. sul lavoro sono direttamente collegati alla nozione di disabilità eurounitaria, e la loro restrizione sulla base dei requisiti di certificazione nazionale si risolverebbe in una violazione della dir. 2000/78.

Inoltre, il diritto agli a.r. risulta oltremodo limitato, sia perché riferito ai casi in cui sia l'applicazione delle disposizioni di legge (e non qualunque comportamento discriminatorio) a limitare i diritti e le libertà fondamentali (e non tutte le opportunità); sia perché deve essere richiesto con apposita istanza scritta; sia, infine, perché deve essere compatibile con le risorse effettivamente disponibili allo scopo (e non nei limiti della proporzionalità costi/benefici). È altresì evidente come dette limitazioni siano del tutto in contrasto con la natura *ex nunc* dell'obbligo di adottare a.r., non definibile a priori e suscettibile di generarsi in qualunque momento a seconda delle circostanze (v. §1). Che il legislatore abbia in mente una lettura decisamente restrittiva dell'a.r. è confermato all'art. 18, laddove attribuisce al progetto di vita il compito di individuare “gli strumenti, le risorse, gli interventi, i benefici, le prestazioni, in servizi e *gli accomodamenti ragionevoli*, volti anche ad eliminare e a prevenire le barriere e ad attivare i supporti necessari per l'inclusione e la partecipazione della persona stessa nei diversi ambiti di vita, compresi quelli scolastici, nella formazione superiore, abitativi, *lavorativi* e sociali” (c.m.). Questa lettura, peraltro, trova ulteriore conferma nelle disposizioni secondo le quali progetto di vita “individua i sostegni, il budget di progetto e gli a.r. che garantiscono l'effettivo godimento dei diritti delle libertà fondamentali” (art. 26 c.1). Ora, pur riconoscendosi l'importanza dell'innovazione della definizione del progetto di vita, corredato da una serie di garanzie e di risorse, deve tuttavia osservarsi come la norma ponga una serie di problemi sia relativi al diritto agli a.r. nell'ampio contesto del sistema di sicurezza sociale, sia in specifico per quanto attiene al campo del lavoro. Sotto il primo profilo, l'inserimento di misure e degli adattamenti necessari all'interno della super categoria accomodamento ragionevole pone delicati problemi di rispetto della Convenzione Onu, che qui non si possono approfondire, non senza però accennare all'eccessiva proceduralizzazione¹³ della richiesta e alla sua delimitazione ai casi in cui sia (solo) la legge a non garantire l'accesso ai diritti e alle libertà, nonché ai limiti delle risorse disponibili, tema questo che si collega alla più ampia problematica delle risorse messe a disposizione con il c.d. budget di progetto¹⁴. Molto più complesse sono le problematiche relative all'universo delle condizioni di lavoro. Anzitutto, sia la collocazione della norma, sia la necessità di una interpretazione conforme al diritto europeo militano a favore di una lettura del nuovo art. 5 limitata ai profili relativi ai rapporti con la pubblica amministrazione o con i soggetti privati finalizzati alla definizione dei sostegni necessari e alla definizione del Pipp. Benché la norma preveda che la richiesta possa essere fatta sia alla pubblica amministrazione, sia ai concessionari di pubblici servizi sia ai soggetti privati, questi dovrebbero essere intesi come soggetti privati erogatori di servizi, forniture o prestazioni, e non in qualità di datori di lavoro, giacché altrimenti opinando si determinerebbe una limitazione del diritto all'a.r. non

¹³ Si v. anche il contributo di Pascucci in questo volume.

¹⁴ Sui limiti delle risorse disponibili, si v. da ultimo, poco condivisibilmente, Cons. Stato 12.8.2024, n. 7089.

concessa dalla normativa europea. Peraltro, anche questa interpretazione restrittiva non risolve tutti i problemi, soprattutto in considerazione dei riflessi che essa ha sulla disciplina del collocamento dei disabili di cui alla L. 68/1999. Poiché infatti la valutazione di base prevista dal nuovo decreto è funzionale altresì ai fini dell'applicazione della L. 68/1999 (art.5 c.1 lett. f), la definizione *ex ante* di una serie di misure inserite nella super categoria accomodamento ragionevole potrebbe avere due effetti abbastanza dirompenti. Anzitutto, essa rischia di ridurre surrettiziamente il novero delle misure che potrebbero essere messe in campo nell'ambito dei progetti di collocamento mirato, ove, come è noto, gli accomodamenti sono funzionali e definiti in base anche alle caratteristiche del posto di lavoro da ricoprire e quindi necessariamente individuati (e finanziati) volta per volta; in secondo luogo, la predeterminazione amministrativa delle misure rientranti nell'a.r., cui ha diritto il lavoratore rischia di fomentare un non irrilevante contenzioso giurisprudenziale tra datore di lavoro e lavoratore, ogni qualvolta quest'ultimo richieda accomodamenti non rientranti in quelli predefiniti nell'ambito della valutazione di base che, si ricordi, ha funzioni diverse. Deve in conclusione ritenersi che l'individuazione, nell'ambito delle valutazioni della disabilità, degli a.r., possa svolgere una funzione fondamentale di supporto ai fini dell'individuazione delle misure e degli adattamenti che si rendono necessari, sia nell'accesso, sia nello svolgimento del rapporto di lavoro, e che esse costituiscano un punto di riferimento importante e anche utile a chiarire preventivamente il tipo di esigenze con cui il disabile si deve misurare all'interno dell'organizzazione del lavoro. Tuttavia la natura aperta della definizione di disabilità di cui alla Convenzione Onu, così come interpretata dalla Corte di giustizia Ue, e il carattere altrettanto aperto dell'a.r., operante *ex nunc* e non *ex ante*, impongono di ritenere il diritto agli a.r. tuttora non limitato ai soli casi di disabilità accertata dagli organi competenti, e che l'individuazione *ex ante* degli a.r. necessari ai fini dell'integrazione lavorativa non esaurisca il contenuto dell'obbligo di a.r. del datore di lavoro, quale che sia la fase di esecuzione del rapporto.

3. Il diniego di a.r.: discriminazione diretta, indiretta o nuova fattispecie autonoma?

Dato per acquisito, se non altro per l'espressa disposizione della Convenzione Onu, che il rifiuto di a.r. costituisce una discriminazione¹⁵, stabilire di che tipo di discriminazione si tratti ha rilevanti ricadute sia sulla specificazione del contenuto dell'obbligo, sia sulla sua estensibilità oltre il fattore disabilità. In questo senso sembra deporre anche l'art. 17, d. lgs. 62/24 laddove, nelle procedure di reclamo avverso il diniego di a.r., fa salva la possibilità di verificare la sussistenza della discriminazione "per rifiuto" di a.r.

Per una prima lettura, il diniego di a.r. costituirebbe una fattispecie di discriminazione a sé stante. La conclusione si basa essenzialmente sul carattere individualizzato della misura, destinata a soddisfare un'esigenza della persona con disabilità per sé, che non sarebbe quindi concepita come misura volta a favorire il singolo in quanto parte del gruppo, recando un beneficio esclusivamente individuale¹⁶. Anche il Crpd sembrerebbe a prima vista adottare una posizione volta a configurare il diniego come una autonoma, quindi nuova, fattispecie discriminatoria, laddove il *General Comment n. 8*, nell'elenco delle varie forme di discriminazione, pone l'a.r. in un punto sé stante (punto 19).

Tuttavia, lo stesso Crpd, precisa anche che le diverse forme di discriminazione possono realizzarsi singolarmente o simultaneamente. Nei pareri relativi a casi spagnoli di cessazione dall'impiego per disabilità totale permanente, in cui i lavoratori lamentavano la sussistenza di capacità residue e la

¹⁵ Si v. anche i *General comment n. 6* e *n. 8* del Crpd; Teklè, in questo volume e Teklè 2024, 141.

¹⁶ Waddington 2011, 187.

discriminazione diretta consistente l'impossibilità di richiedere, quale a.r., l'assegnazione a compiti modificati, come invece era consentito ad altri lavoratori con inidoneità sopravvenuta, il Crpd ha mantenuto una posizione aperta, ammettendone la configurabilità anche come discriminazione diretta (v. *infra*),

Nell'ordinamento europeo, invece, appaiono meglio formalizzati i nessi tra diniego di a.r. e discriminazione indiretta. Infatti, la direttiva 2000/78/Ce – oltre a impostare l'a.r. a stregua di obbligo autonomo nell'art. 5 – all'art. 2, con riferimento alle discriminazioni indirette, considera l'a.r. una giustificazione esimente rispetto all'adozione di una disposizione, criterio o prassi apparentemente neutri.

Il tema è complesso perché, come è stato acutamente rilevato¹⁷ ci muoviamo su un terreno instabile, stante la mancanza di una dottrina sufficientemente assestata della discriminazione, il cui culmine è forse dato dalle incertezze che sono in più casi emerse con riferimento alla distinzione tra discriminazione diretta o indiretta¹⁸, ma che dipende anche dalla mancanza di una riflessione, sufficientemente aggiornata, sulla distinzione e sui nessi sussistenti tra eguaglianza formale e sostanziale. È infatti evidente che, ove l'eguaglianza formale sia letta meramente come obbligo di trattare in modo eguale situazioni eguali, e quella sostanziale di rimuovere gli ostacoli che impediscono di fatto l'eguaglianza e la libertà, il cui compito nel nostro sistema costituzionale è assegnato alla Repubblica, l'a.r. sembrerebbe da inquadrarsi in questa seconda concezione dell'eguaglianza, non riconducibile quindi a quella di discriminazione diretta (quale obbligo di trattare in modo eguale...)¹⁹. Per questo, oltre che per i riferimenti normativi contenuti nella dir. Ue di cui si è detto sopra, la dottrina sembra propendere per l'inquadramento all'interno della discriminazione indiretta²⁰. Ma si tratta, ad avviso di chi scrive, di una visione non del tutto soddisfacente. In primo luogo, perché il principio di eguaglianza formale impone di per sé, oltre che di trattare in modo eguale situazioni eguali, anche di trattare in modo diverso situazioni differenti. Non vi è spazio qui per riprendere le pur rilevanti elaborazioni dottrinali che sottolineano come, in assenza di elementi esterni a cui fare riferimento (eguali a chi, ma prima ancora eguali in cosa?²¹) anche l'eguaglianza formale resta inapplicabile, né è possibile dare conto di tutti i possibili modi in cui è stato declinato il principio di eguaglianza sostanziale, dalla visione classista che ha permeato l'interpretazione dell'art. 3, c. 2, Cost.²², all'idea di eguaglianza sostanziale come pari opportunità, al dibattito intorno ai diversi modi di intendere le pari opportunità, come eguaglianza nei punti di partenza, in quelli di arrivo²³, fino alle interpretazioni più ampie che portano a distinguere tra pari opportunità di chance o di opzioni, condizionate o incondizionate²⁴. Né è possibile approfondire i temi delle nuove concezioni di eguaglianza inclusiva che si vanno affacciando e che attribuiscono all'eguaglianza sostanziale carattere multidimensionale²⁵ o che mirano a superare i processi di esclusione anche attraverso una sorta di approccio teleologico²⁶. Ciò che qui maggiormente interessa

¹⁷ Barbera, Borelli 2022, 75.

¹⁸ Barbera 2019, 70; ma v. anche Santagata De Castro 2022, 497.

¹⁹ D'Ascola 2022, 186.

²⁰ Voza 2024, 49.

²¹ Si rinvia a Ventura 1984, *passim*; Barbera 1991, *passim*.

²² V. per tutti Romagnoli, 1975, *passim*.

²³ Si v. Fredman 2022, 16 ss. e il contributo di Teklè in questo volume.

²⁴ Riva 2011, 83.

²⁵ Fredman 2022, 29.

²⁶ Xenedis 2021, 1649; Barbera, Borelli 2022, 75.

osservare è che nemmeno il principio di eguaglianza formale può prescindere dalle differenze: con un divieto assoluto non si riesce a discernere tra discriminazioni e differenze legittime. Sia che si tratti in modo eguale situazioni eguali, sia che si tratti in modo diverso situazioni diverse, ci si muove sempre dal medesimo presupposto della scelta degli elementi da considerare (eguali rispetto a che cosa? diversi rispetto a che cosa?).

Pertanto, pur nella fluidità delle dottrine dell'eguaglianza, mi pare si possa concludere che l'obbligo di a.r. si collochi anzitutto all'interno di quella sua declinazione che impone di tenere conto di una differenza – la compromissione delle abilità in relazione con barriere di diversa natura – e che il medesimo obbligo si riferisca all'accesso sia ai diritti, sia alle opportunità, in condizioni di eguaglianza con gli altri²⁷.

Da questo punto di vista, e tenendo conto del carattere comunque relazionale che anche l'obbligo di a.r. assume, esso sembra collocarsi in più stretta, ma non esclusiva contiguità, con il divieto di discriminazione indiretta. È infatti principalmente a fronte dell'applicazione di un eguale trattamento a tutti i lavoratori, non tenendo conto della differenza, che si realizza quella situazione di svantaggio che esige l'adozione dell'a.r. Questa lettura trova conferma anche nella giurisprudenza della Corte di giustizia. Il riferimento va in particolare al caso *Nobel Plastiques Ibérica*²⁸ in cui la Corte di giustizia ha ritenuto applicabili i criteri della minore produttività e dell'assenteismo, ai fini dell'individuazione dei lavoratori da licenziare, solo a condizione che prima fossero stati adottati a favore del lavoratore con disabilità, a.r. tali da garantire il rispetto del principio di parità di trattamento.

Dunque, il divieto di discriminazione indiretta impone di non adottare un criterio che possa mettere in una situazione di particolare svantaggio un gruppo protetto, a meno che quel criterio non sia giustificato da una finalità legittima perseguita con mezzi appropriati e necessari²⁹. Come espressamente chiarisce la direttiva, l'a.r. è una possibile alternativa alla giustificazione. Tale giustificazione, nella lettura più rigorosa, impone non solo un test di coerenza tra fine e mezzo, ma anche il bilanciamento tra il fine perseguito e i diritti che per il suo raggiungimento sono sacrificati e la verifica della mancanza di soluzioni alternative che non causino uno svantaggio o che ne causino uno minore (c.d. *but for test*)³⁰. Certo, l'assenza di una dottrina assestata della discriminazione ha fatto sì che in molti casi lo scrutinio di eguaglianza venisse condotto in modo poco stringente, senza procedere a un adeguato bilanciamento tra i fini³¹, senza individuare quel nucleo essenziale del diritto fondamentale a non essere discriminato che non dovrebbe mai essere compromesso nel bilanciamento o senza verificare la sussistenza di criteri alternativi che abbiano un impatto meno discriminatorio. Quanto il processo di allargamento dei fattori di discriminazione protetti abbia condizionato le modalità con cui viene condotto lo scrutinio di eguaglianza e quanto l'art. 6 della dir. 2000/78/Ce legittimando, sia pure solo con riferimento all'età, finalità altre rispetto ai requisiti essenziali per lo svolgimento della prestazione abbia influito sulle modalità con cui viene condotto lo scrutinio di eguaglianza è quesitone che non può essere affrontata in questa sede. Ai fini che qui rilevano è sufficiente osservare come l'adozione dell'a.r. si inserisca tendenzialmente in quello scrutinio nella

²⁷ Barbera 2007, 83, che definisce la nozione di eguaglianza sottesa all'obbligo di a.r. "valutativa".

²⁸ Cgue 11.09.2019, C-397/18, *Nobel Plastiques Ibérica*.

²⁹ Configura invece l'a.r. come deroga *in melius* al principio di eguaglianza D'Ascola 2022, 186.

³⁰ Su cui v. Izzi 2005, 157.

³¹ Si v. Xenedis 2021, 1649.

fase di valutazione non dei fini, bensì della necessità dei mezzi impiegati per conseguirli, individuando soluzioni meno svantaggiose a favore del disabile.

I nessi tra discriminazione indiretta e a.r. vanno però ulteriormente approfonditi. Infatti, si deve osservare come, davanti a un criterio indirettamente discriminatorio, l'a.r. non sia necessariamente la soluzione adeguata o l'unica obbligata. Non lo è certamente in tutti i casi in cui il criterio apparentemente neutro ponga in posizione di svantaggio un intero gruppo, e il rimedio dell'a.r. sia individualizzato e avvantaggi solo uno o una parte degli svantaggiati. Per contro, non si può semplicisticamente concludere che il rimedio alla discriminazione indiretta debba avere una dimensione necessariamente collettiva e l'a.r. no. Infatti, come si è osservato, l'a.r. può divenire un bene collettivo, e le diverse misure di a.r. che si sono sperimentate nella pratica hanno spesso una dimensione collettiva, che può essere anche una misura organizzativa che reca un vantaggio ad altri. La dimensione individuale dell'a.r. è quindi un carattere che ha una valenza relativa³². Per altro verso, in presenza della scelta di adottare un criterio che reca un particolare svantaggio al gruppo protetto si pongono diverse alternative, quali la decisione di desistere e di non adottare alcun criterio; quella di scegliere un criterio alternativo che non reca alcuno svantaggio o un criterio meno svantaggioso ma che possa ritenersi giustificato o, infine, di adottare un a.r. Per esempio, di fronte alla richiesta di fare soste durante il lavoro a una determinata ora per assumere un farmaco (o per poter pregare secondo le regole religiose seguite da uno o più lavoratori), la soluzione potrebbe essere sia quella di consentire la sosta ai soli lavoratori che la richiedono, sia quella di modificare gli orari prestabiliti delle soste per tutti, sia quella di lasciare liberi tutti i lavoratori di stabilire in quale momento fare sosta, sempre nei limiti, ovviamente della proporzionalità del sacrificio richiesto (su cui v. infra §5). Per questa ragione, non pare condivisibile la tesi di chi esclude a priori la riconducibilità del diniego di a.r. alla discriminazione indiretta, in quanto quest'ultima non imporrebbe obbligazioni a contenuto positivo³³.

Ciò peraltro non esclude che il diniego di a.r. possa configurare altresì una discriminazione diretta. L'a.r. è infatti il mezzo con cui la posizione delle persone con disabilità viene eguagliata a quella degli altri soggetti, operazione da farsi necessariamente prima di poter effettuare la comparazione³⁴. Da questo punto di vista, esso costituisce la misura che consente di collocare la persona con disabilità in una situazione analoga a quella degli altri. Pertanto, si è autorevolmente sostenuto che il suo diniego costituisca un trattamento meno favorevole, e quindi una discriminazione diretta³⁵. La tesi, a parere di chi scrive, coglie nel segno laddove sottolinea i nessi tra a.r. e obbligo di parificazione delle posizioni, ma forse non è del tutto condivisibile, in quanto riconduce a discriminazione diretta anche i casi in cui l'effetto discriminatorio dipenda dall'applicazione di un criterio neutro. Ciò non sembra compatibile con l'ammissibilità dell'a.r. a stregua di giustificazione delle differenze indirettamente discriminatorie previste dall'art. 2, punto 2, b) della direttiva. È pur vero che l'a.r. deve essere adottato prima della comparazione delle situazioni, ma è altresì vero che esso non va adottato in astratto, ma al momento in cui si verifica la situazione di esclusione/svantaggio, e questa può realizzarsi anche solo nel momento in cui si prende la decisione che produce quell'effetto; dunque, ad avviso di chi scrive, è al criterio adottato in quella decisione che si deve guardare. Ciò significa che l'obbligo di a.r. può collocarsi in contiguità sia della d. indiretta, sia di quella diretta. Quest'ultima situazione si

³² Barbera 2007, 100 invita a non sottovalutare mai la natura strutturalmente plurioffensiva della discriminazione.

³³ Marinelli, Dolazza 2022, 396.

³⁴ Barbera 2007, 99, ma si v. anche Cgue 11.09.2019, C-397/18, *Nobel Plastiques Ibérica*; Cgue 18.01.2024, C-631/22, *J.M.A.R.*

³⁵ Barbera 2007, 103; Varva 2023, 531; Cass. 26.02.2024, n. 5048.

verifica in particolare quando ci si trova in presenza dell'applicazione di criteri direttamente basati su caratteristiche fisiche della persona, che al contempo non siano requisiti indispensabili per lo svolgimento della prestazione. La Corte di giustizia ha appunto qualificato come discriminazione diretta il requisito di una soglia minima di acutezza uditiva senza ausili ai fini dell'accesso alle funzioni di polizia penitenziaria. In quel caso, non solo il criterio adottato era direttamente basato sulla mancanza della compromissione, ma era altresì verificato che con riferimento alla riduzione della vista era ammessa la correzione con l'uso di occhiali, ciò che escludeva la natura essenziale e determinante del requisito dell'acutezza uditiva senza ausili. Pertanto, la Corte ha ritenuto che, pur essendo il requisito dell'udito necessario per lo svolgimento dei compiti, il datore di lavoro, prima di procedere al licenziamento, avrebbe dovuto verificare la possibilità di adottare a.r., quali avrebbero potuto essere l'uso di un apparecchio acustico, una dispensa dall'obbligo di svolgere determinati compiti o l'assegnazione a un altro posto³⁶.

Si può avere discriminazione diretta anche a fronte di trattamenti già differenziati per diversi gruppi³⁷. La Corte di giustizia, forse non a caso per la prima volta proprio con riferimento alla disabilità, ha riconosciuto la sussistenza della discriminazione anche quando il criterio adottato pone in situazione meno favorevole o in particolare svantaggio solo una parte del gruppo protetto. Ecco allora che, laddove un determinato a.r. sia riconosciuto ad alcune persone con disabilità e non ad altre, può verificarsi la situazione in cui una o più persone sono trattate meno favorevolmente direttamente sulla base della loro disabilità. Se nel caso *VL v Szpital Kliniczny*³⁸ affrontato dalla Cgue si trattava di una differenza dipendente dalla diversa data di acquisizione del certificato di disabilità, più sostanziali sono le vicende affrontate dal Crpd e consistenti nel diniego dell'assegnazione a compiti modificati a dipendenti pubblici spagnoli a cui era stata certificata una totale permanente inidoneità allo svolgimento del loro lavoro. Precisando che, in diversi casi, le amministrazioni pubbliche spagnole ammettevano la riassegnazione sia con riferimento a lavoratori non totalmente inidonei, sia con riferimento a lavoratori con la stessa totale inidoneità ma dipendenti da dipartimenti diversi, il Comitato, sia pure con una certa ambiguità, ha ritenuto che i fatti costituissero una discriminazione *"whether it is viewed as direct discrimination or as a denial of reasonable accommodation"*³⁹. A ben vedere, a conclusioni del tutto analoghe si può giungere, con riferimento alle questioni interne più dibattute, sia laddove il contratto collettivo preveda un periodo di comportamento prolungato solo a fronte di determinate patologie e non di altre condizioni riconducibili a disabilità (v. *infra* §6); sia laddove il contratto collettivo preveda, nelle procedure di mobilità extraprovinciale per il personale della scuola, la precedenza solo a favore del personale non vedente e del personale emodializzato e non per gli altri lavoratori con disabilità.⁴⁰

4. Alcune distinzioni utili. Gli a.r. tra obblighi di sicurezza e tutela della fragilità

³⁶ Cgue 15.07.2021, C-795/19, XX c. *Tartu Vangla*.

³⁷ Si v. Cgue 15.07.2021, C-795/19, XX c. *Tartu Vangla*.

³⁸ Cgue 26.01.21 C-16/19, VL c. *Szpital Kliniczny*.

³⁹ Crdp, *Views adopted by the Committee under article 5 of the Optional Protocol, concerning communication n. 27/18*, 5.10.2023, spec. punto 9.11; Id., *Views adopted by the Committee under article 5 of the Optional Protocol, concerning communication n. 36.16*, 29.10.2020, spec. p. 9.11; Id., *Views adopted by the Committee under article 5 of the Optional Protocol, concerning communication n. 34/2015*, 29.04.2019, spec. punto 8.10.

⁴⁰ Su cui v. Cass. 10.09.2024, n. 24336, che ha rimesso la questione alla Corte di giustizia, peraltro sotto il solo profilo della discriminazione indiretta.

Secondo un'autorevole proposta⁴¹, l'ottica degli a.r. dovrebbe essere considerata sin nella originaria predisposizione dell'organizzazione aziendale, che dovrebbe essere concepita in modo da evitare i rischi di discriminazione per le persone con disabilità ed essere strutturata in modo elastico, sì da potersi più facilmente adattare alle esigenze di accoglienza e inclusione che vanno via via emergendo. La riflessione muove dall'ingresso nel più recente dibattito giuslavoristico del concetto di fragilità, e dall'idea di considerare questa nella più ampia prospettiva sistemica di prevenzione dei rischi che essa comporta, tanto per la salute, quanto per l'occupazione. L'idea di fondo è quella di affrancare gli a.r. da una gestione episodica e spesso improvvisata, integrandoli nei modelli organizzativi previsti dal d. lgs. 81/08, affinché essi divengano parte integrante delle politiche di prevenzione e inclusione. Da questo punto di vista, la tesi ha il grandissimo pregio di porre in luce i nessi esistenti tra tutela contro le discriminazioni, organizzazione del lavoro e benessere lavorativo. Gli studiosi più sensibili alle tematiche della discriminazione, del resto, avevano già da tempo evidenziato come l'applicazione di criteri di protezione della salute e sicurezza standardizzati a misura del lavoratore maschio normodotato e la mancata considerazione dei rischi specifici a cui i gruppi di lavoratori protetti dal diritto antidiscriminatorio, quali le donne, le persone con disabilità, gli anziani, gli stranieri vanno incontro, costituisca oltre che violazione dell'art. 2087 c.c. e dell'art. 28 d. lgs. 81/08, anche discriminazione indiretta⁴². I nessi tra tutela della salute e sicurezza sul lavoro e lotta alle discriminazioni, in particolare per disabilità, sono stati evidenziati anche nel *Quadro strategico dell'UE in materia di salute e sicurezza sul luogo di lavoro 2021-2027*⁴³. Né sono mancate importanti ricostruzioni che hanno proposto di integrare la prospettiva degli a.r. all'interno di strategie di organizzazione aziendale basate sul *diversity management* al fine di costruire un ambiente di lavoro che promuove la salute e favorisce il benessere organizzativo⁴⁴ oppure di ricerca di sinergie tra le nuove figure manageriali deputate alla realizzazione del benessere lavorativo e i soggetti e gli organismi deputati alla tutela della salute nei luoghi di lavoro⁴⁵.

È certamente questa una prospettiva di *cross-fertilisation*⁴⁶ che merita approfondimento e, soprattutto, implementazione. Tuttavia, essa sembra in parte andare oltre il segno, laddove finisce per confondere e sovrapporre l'obbligo di a.r. con quelli di progettazione universale. Con ciò non si vuol certo dire che le misure suggerite non debbano essere implementate, anzi esse risultano – quanto meno in buona parte – direttamente riconducibili agli obblighi di valutazione e di prevenzione dei rischi citati sopra e al principio di adattamento del lavoro all'uomo sancito anche dalla dir. quadro 89/391, che richiede anche una valutazione personalizzata⁴⁷. Si vuole, invece, sottolineare come l'adozione di procedure *ex ante* non possa esaurire l'obbligo di a.r., nel duplice senso sia di ritenere assolto l'obbligo solo mediante la definizione di misure standardizzate valide per tutte le situazioni, sia di ritenere

⁴¹ Pascucci 2023a, 691, a cui si rinvia anche per le riflessioni sul concetto di fragilità.

⁴² Per il collegamento tra tutela antidiscriminatoria e art. 2087 c.c. v. Lassandari 2010, *passim*; per l'applicazione dei divieti di discriminazione all'omessa considerazione dei rischi connessi all'appartenenza ai gruppi protetti dal diritto antidiscriminatorio v. Bonardi 2012, 291; Nunin 2017, 265.

⁴³ Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, *Quadro strategico dell'UE in materia di salute e sicurezza sul luogo di lavoro 2021-2027. Sicurezza e salute sul lavoro in un mondo del lavoro in evoluzione*, del 28 giugno 2021, COM(2021) 323.

⁴⁴ Malzani 2020, 973.

⁴⁵ Verzulli 2024, 13.

⁴⁶ Malzani 2020 973; Verzulli 2024, 11.

⁴⁷ Bell 2018, 128. Nel senso che la valutazione dei rischi deve essere individualizzata, cioè, tenere conto delle specifiche condizioni del singolo Cgue 19.10.2017, *Ramos*, C-531/15, riferita peraltro a un caso di lavoratrice in stato di gravidanza. Sull'applicazione individualizzata del principio di adattamento del lavoro all'uomo, relativamente ai casi di malattie croniche v. Varva 2018, 109; Malzani 2020, 973.

sufficiente, ai fini dell'adempimento dell'obbligo di a.r., di dimostrare di aver attivato quelle procedure di dialogo finalizzate ad individuare gli a.r. che sono sì essenziali, ma che non esauriscono l'obbligazione, essendo piuttosto funzionali al dovere principale di accomodare⁴⁸.

Altre considerazioni vanno invece fatte con riferimento alla questione dei rapporti tra disabilità e fragilità. Certo, una rinnovata, e attualizzata, attenzione ai temi della salute ha fatto emergere la consapevolezza di nuovi rischi di carattere psico-sociale, di nuove vulnerabilità e fragilità⁴⁹, e la pandemia ha messo a nudo l'esigenza di tener conto dei maggiori rischi cui è esposta la salute di persone affette da malattie croniche o da altre patologie in caso di contagio. Tale consapevolezza ha, opportunamente, consentito l'adozione di misure *ad hoc* per queste situazioni, portando la dottrina ad auspicare un'estensione del diritto al lavoro agile, considerato una misura di a.r., la cui stabilizzazione sarebbe stata auspicabile, e/o ad altre forme di flessibilità e accomodamento. Da qui, il suggerimento di una linea di politica volta a un nuovo “*work-health-life-balance* che rederebbe meno enfatico e astratto il principio eurounitario di adeguamento del lavoro all'uomo”⁵⁰. Se la prospettiva di implementazione di una simile strategia, volta a ripensare il binomio salute-lavoro⁵¹, non può che essere condivisa, essa richiede alcune precisazioni fondamentali. Infatti, si va sviluppando un orientamento per il quale l'idea di dover tener conto della diversità delle persone e della loro fragilità dovrebbe far sfumare l'obbligo specifico, *ex nunc*, degli a.r., nella “promozione di iniziative di adattamento ragionevole del proprio contesto organizzativo rispetto alla totalità della loro forza-lavoro”⁵², oppure portare a istituire una sorta di categoria giuridica della fragilità a sé stante, del tutto avulsa da quella di disabilità, e come tale bisognosa di tutele altre, tutte da costruire. Si tratta di una teoria che muove dalla definizione di lavori fragili elaborata durante la pandemia, in cui, come si è già accennato, si trattava di tenere conto delle possibili interazioni tra le condizioni di salute della persona e i rischi di contagio. Ma, al di fuori dello specifico contesto dell'interazione con il virus Covid 19, detta nozione giuridica perde consistenza. Resta invece, in tutta la sua portata, il bisogno di adeguamento delle condizioni di lavoro a quelle di salute delle persone. Escludendo le possibilità di ricorso agli strumenti di tutela della disabilità si sostiene anche, con una semplicistica generalizzazione, che invecchiare non sia una malattia “ma un'affermazione realistica di come evolvono le capacità vitali della persona” e che la malattia cronica “non necessariamente coincide con la disabilità e tanto meno con l'incapacità di lavoro”⁵³. Questa posizione è ora arricchita dalle nuove disposizioni contenute nel d. lgs. 29/2024, intitolato “Disposizioni in materia di politiche in favore delle persone anziane, in attuazione della delega di cui agli articoli 3, 4 e 5 della legge 23 marzo 2023, n. 33”. Il legislatore, all'art. 5, anzitutto affida la promozione della salute, la cultura della prevenzione e l'invecchiamento sano e attivo dei lavoratori anziani attraverso gli strumenti della valutazione dei rischi e di sorveglianza sanitaria di cui al d. lgs. 81/08, prevedendo “l'attivazione di processi e interventi tesi a rendere il luogo di lavoro un ambiente adatto anche alle persone anziane attraverso idonei *cambiamenti organizzativi*” (c.m.). Inoltre, al secondo comma, la norma dispone che il datore di lavoro deve adottare “ogni iniziativa diretta a favorire le persone anziane nello

⁴⁸ Come parrebbe desumersi da Cass. 9 marzo 2021 n.6497.

⁴⁹ Verzulli 2024,1, Pascucci 2023a, 691, D'Ascola 2022, 184.

⁵⁰ Si cui v. Pascucci, 2023b, 37 e sia pure con diversa impostazione Tiraboschi 2023, 229.

⁵¹ Sul binomio salute-lavoro, dopo la riforma dell'art. 41 Cost. si v. Tomassetti 2024, 263.

⁵² Tiraboschi 2023, 268.

⁵³ Tiraboschi 2023, 254, nella stessa prospettiva Levi 2023, 277.

svolgimento, anche parziale, della prestazione lavorativa in modalità agile, nel rispetto della disciplina prevista dai contratti collettivi nazionali di settore vigenti”.

Come si vede, il legislatore, utilizzando una diversa terminologia, sembra voler tenere ben separate le misure da adottarsi a favore degli anziani rispetto a quelle previste per i lavoratori con disabilità. Spetterà alla giurisprudenza stabilire se questa nuova disposizione abbia carattere innovativo, configurando un nuovo obbligo di “cambiamenti organizzativi” non riconducibile alla nozione di a.r., se esso abbia un contenuto più ampio rispetto a quanto non fosse già desumibile dagli obblighi di tutela della salute di cui al d. lgs. 81/2008 e/o, se invece non si tratti di un obbligo in tutto o, almeno in parte, sovrapponibile a quello derivante dal diritto agli a.r. Quest’ultima prospettiva appare a chi scrive la maggiormente condivisibile, dovendosi tenere conto della nozione di disabilità derivante dalla Conv. Onu e dell’interpretazione datane dalla giurisprudenza della Corte di giustizia Ue. Si ricordi che la Conv. Onu ha innovato la definizione di disabilità dal punto di vista qualitativo, non solo rimarcandone la sua dimensione sociale, ma anche sotto il profilo della sua ampiezza, in quanto essa prescinde del tutto dalle specifiche definizioni nazionali e si caratterizza per l’assenza di una soglia specifica di incapacità al lavoro, che è invece tipica delle legislazioni statali. La Corte di giustizia ha inoltre precisato che è irrilevante se la disabilità della persona sia stata o meno certificata secondo le disposizioni del diritto nazionale⁵⁴, affermando altresì che il riconoscimento di una invalidità temporanea ai sensi della legislazione nazionale «non implica, di per sé, che la limitazione della capacità di tale persona possa essere qualificata come “duratura” ai sensi della definizione di “handicap” contemplata da tale direttiva, letta alla luce della Convenzione dell’Onu»⁵⁵.

Inoltre, si può osservare che, come l’obesità, anche la vecchiaia o la malattia cronica (si pensi alle dermatiti da contatto), possono essere all’origine di una compromissione, anche seria, della capacità di lavoro. Le interazioni e sovrapposizioni tra fragilità, malattia cronica, invecchiamento e disabilità non possono quindi essere obliterate: ogni qualvolta si abbia a che fare con una compromissione dello stato di salute che abbia il carattere della durezza e produca l’effetto, non solo dell’inidoneità totale al lavoro, ma anche qualunque altra difficoltà di accedere a un lavoro, di mantenerlo o di accedere a ulteriori opportunità, ci si trova di fronte a una condizione di disabilità ai sensi del diritto dell’Unione europea. È appena il caso di rilevare qui che la nozione derivante dalla Conv. Onu del 2006 è anche più ampia, facendo riferimento non solo alle opportunità di lavoro, ma anche alla piena ed effettiva partecipazione nella società⁵⁶.

La questione può essere forse meglio compresa se si muove dalla nozione di malattia: la patologia che rileva ai fini della tutela antidiscriminatoria è soltanto quella riconducibile alla nozione di disabilità, ed è diversa da quella che rileva ai fini del diritto di assentarsi dal lavoro ex art. 2110 c.c. La malattia in senso lavoristico è (o, sarebbe meglio dire, è stata sinora) solo quella che determina una incapacità di lavoro (cfr. art. 2, c.1., L. 33/1980) o una inabilità al lavoro (Conv. Oil n. 32/1970), tale da determinare una impossibilità della prestazione. Secondo la migliore ricostruzione⁵⁷, anche questa è una nozione relazionale, che risulta dalla valutazione dell’interazione tra il lavoro e la salute della persona, tanto che, tenendo conto delle esigenze di cura a fronte di patologie che di per sé non

⁵⁴ Cgue 18.01.2018, C-270/16, *Ruiz Conejero*.

⁵⁵ Cgue 1.12. 2016, C-395/15, *Mo.Da.*

⁵⁶ Per comprendere la differenza si v. il caso deciso da Cgue 18.03.2014, C-363/12, *Z.*, che ha escluso di poter qualificare come disabilità la condizione di una donna senza utero e sul tema Bell 2018, 124.

⁵⁷ Del Punta 1992, 41; di recente sul tema D. Garofalo 2023, 358.

determinerebbero l'incapacità di lavorare, si è suggerito di fare riferimento alla diversa nozione di inesigibilità della prestazione⁵⁸. Al di là delle questioni terminologiche, ciò che in ogni caso questa nozione di malattia sottende è un giudizio di incompatibilità tra la continuazione del lavoro e la tutela della salute. È ormai scontato che la “malattia diagnosticata come curabile o incurabile, qualora tale malattia comporti una limitazione, risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche, che, in interazione con barriere di diversa natura, possa ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori, e tale limitazione sia di lunga durata” costituisca una disabilità⁵⁹. Ma le sovrapposizioni con la nozione giuslavoristica di malattia sinora accolta nel nostro ordinamento sono soltanto parziali. Mentre la disabilità implica una condizione duratura, tale elemento nella malattia è soltanto eventuale. La distinzione quindi tra malattia e disabilità presuppone che si quantifichi il limite di durata oltre il quale la malattia diventa disabilità. Né la Convenzione Onu, né la dir. 2000/78 forniscono una risposta. Il d. lgs. 62/2024 fa riferimento alla “compromissione duratura” definendola quale quella “che persiste nel tempo o per la quale è possibile una regressione o attenuazione solo nel lungo periodo”, ma anche in questo caso senza precisare quanto lungo debba essere quel periodo. La Corte di giustizia non è stata molto più precisa, ma ha fornito indicazioni tali da rendere estremamente ampia la tutela antidiscriminatoria. In particolare, nel caso *Mo.Da.*, ha affermato che “la nozione di limitazione «duratura» della capacità di una persona, ai sensi della nozione di «handicap» contemplata dalla dir. 2000/78, deve quindi essere oggetto di un'interpretazione autonoma e uniforme”, che “il carattere «duraturo» della limitazione deve essere esaminato tenuto conto dello stato di incapacità, in quanto tale, dell'interessato allorché è stato adottato l'atto asseritamente discriminatorio nei confronti di quest'ultimo.” E, infine, che “tra gli indizi che consentono di considerare «duratura» una limitazione figura in particolare la circostanza che, all'epoca del fatto asseritamente 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”.

Ma vi è un'altra importante differenza da considerare: la disabilità non comprende solo quelle compromissioni che determinano una inesigibilità della prestazione, ma anche tutte quelle che in altri modi possano limitare le opportunità di lavoro su base di uguaglianza, ad esempio impedendo solo lo svolgimento di determinati compiti o implicando una ridotta produttività. Questa differenza consente una diversa considerazione delle malattie croniche e della fragilità. Se, come detto, la malattia cronica non necessariamente incide sulla capacità di lavoro, ciò non toglie che ogni qualvolta essa lo faccia, determinando l'impossibilità della persona di accedere a un lavoro o di attendere alle proprie mansioni su base di uguaglianza con gli altri essa si configuri anche come disabilità⁶⁰. Allo stesso modo, quando si fa riferimento alla fragilità come la condizione della situazione della persona in interazione con altre condizioni di vulnerabilità sociale, altro non si fa che fare riferimento a barriere di diversa natura che incidono sui diritti della persona. Per questo, non è forse nemmeno necessario scomodare la natura intersezionale della discriminazione per tenere conto delle limitazioni delle possibilità di lavoro che possono derivare in connessione con i processi di invecchiamento della persona.

⁵⁸ Del Punta 1992 e, prima ancora Smuraglia 1967.

⁵⁹ Cgue 11.04.2013, *HK Danmark*, C-335/11 e C-337/11; Cgue 18.01.2018, C-270/16, *Ruiz Conejero*; Cgue 9.03.2017, C-406/15, *Milkova*; Cgue, 18.12.2014, *FOA*, C-354/13.

⁶⁰ Garofalo 2023, 384.

5. I criteri di valutazione dell'obbligo degli a.r. e dei suoi limiti tra correttezza e buona fede e costo sproporzionato

Alla latitudine delle nozioni di disabilità e di a.r. fa da contraltare la definizione dei limiti del sacrificio che può essere imposto al datore di lavoro. Ciò presuppone anzitutto che si chiarisca la questione della riconducibilità degli a.r. agli obblighi di correttezza e buona fede⁶¹, rilevante anche ai fini della sua estensibilità ad altri fattori di discriminazione. Con riferimento alle discriminazioni per religione si è infatti sostenuto che nell'impossibilità di ricavare dalle fonti normative un espresso obbligo di a.r. al di fuori della tutela della disabilità, questo può essere desunto dagli obblighi di correttezza e buona fede, in quanto tramite di ingresso del dovere di preservare l'interesse della controparte⁶². La tesi ha il pregio di evidenziare i nessi esistenti tra a.r., doveri di solidarietà e obblighi di protezione, ma appare forse troppo semplificante. Ci si muove, anche qui, su un terreno in cui il ventaglio delle opinioni sui contenuti e sulla latitudine delle regole di correttezza e buona fede risulta decisamente ampio⁶³. Senza poter entrare nel merito di questioni tanto complesse, ci pare si possano, ancora una volta, delineare similitudini (quando non vere e proprie sovrapposizioni) e differenze. Sicuramente l'obbligo di a.r. condivide con le clausole di correttezza e buona fede la caratteristica di operare in tutte le fasi del rapporto, il carattere aperto (nel senso che la norma non predetermina il contenuto dell'obbligo ma rinvia a parametri esterni per la sua definizione); la funzionalità alla ricerca della cooperazione tra le parti al fine della realizzazione dei reciproci interessi. Ma se correttezza e buona fede sono intese come clausole generali che rinviano a modelli di comportamento offerti dalla vita sociale⁶⁴, si deve registrare una differenza fondamentale, in quanto il divieto di discriminazioni non chiede di fare riferimento agli standard, ovvero a condotte, opinioni, aspettative dotate di una certa regolarità da potersi ritenere socialmente accettate⁶⁵, perché questo significherebbe non tenere in alcun modo conto di quanto la discriminazione sia radicata nel comune sentire, ignorando il dato fondamentale che l'origine della discriminazione sta proprio nella diffusione di prassi sociali escludenti. L'obbligo di a.r. non quindi può essere paragonato ad altre norme aperte che rinviano alle regole professionali praticate in un certo settore, come avviene laddove si debba definire il contenuto del dovere di diligenza o di specificare le norme tecniche di sicurezza, in quanto il divieto di discriminare impone di ridefinire appunto tali regole, sostituendo ai paradigmi sociali in uso nuovi criteri di valutazione, basati su di un bilanciamento tra i contrapposti interessi ed esigenze, i cui parametri di giudizio sono ora diversamente dettati dal legislatore. In altri termini, piuttosto che rinviare a scelte valoriali ed etico-comportamentali desumibili dalla vita sociale, il divieto di discriminazioni e, con esso, l'obbligo di a.r., mira a definire il quadro valoriale entro cui si può esplicare l'autonomia privata. Per questa ragione, se al contrario si accede a quella lettura delle clausole di correttezza e buona fede quale veicolo di accesso delle norme costituzionali all'interno del diritto delle obbligazioni e dei contratti, tali da generare obblighi di protezione funzionali alla tutela dei diritti fondamentali della persona⁶⁶, si può osservare una sovrapposizione tra obbligo di a.r. e obblighi di correttezza. Tale condivisibile conclusione solleva però altre questioni. Anzitutto, ci si deve chiedere se le due categorie di obblighi siano soggette allo stesso parametro di valutazione o se

⁶¹ Cass. 9.03.2021 n.6497.

⁶² Marinelli Dolazza 2022, 377.

⁶³ Si v. per le declinazioni giuslavoristiche della questione, gli Atti Aidlass 2014 e ivi spec. Loy 2014, 5 e Campanella 2014, 203.

⁶⁴ Mengoni 1986, 5; Bellomo 2014, 97.

⁶⁵ Campanella 2014, 225.

⁶⁶ Rodotà 1987, 709; Campanella 2014, 270.

l'a.r. presupponga un obbligo di intensità maggiore rispetto a quanto già desumibile dalle clausole di correttezza e buona fede.

In proposito si trovano riferimenti normativi importanti in tutte le fonti. La Conv. Onu individua come limite il “*disproportionate or undue burden*”⁶⁷, espressione che ricalca quella della giurisprudenza nordamericana. Il Crpd⁶⁸ ha da tempo precisato che *disproportionate or undue* vanno intesi come un solo concetto e che i due termini devono essere considerati sinonimi che si riferiscono alla stessa idea di un onere⁶⁹ impossibile, eccessivo o ingiustificabile. Va ricordato che il Crpd ha altresì ritenuto che anche *reasonable accommodation* vada inteso come un unico sintagma e che la parola *reasonable* vada riferita alla rilevanza, appropriatezza ed effettività dell’accomodamento. Esso, insomma, non può essere impiegato per delimitare il contenuto dell’obbligo.

Nella dir. 2000/78, invece, l’unico limite all’a.r. è individuato nell’onere “finanziario sproporzionato”, dovendosi tenere conto anche della possibilità che detto onere sia “compensato in modo sufficiente da misure esistenti nel quadro della politica dello Stato membro a favore dei disabili”.

Il c. 3 bis dell’art. 3, d. lgs. 216/03 si limita a stabilire l’obbligo di adottare a.r., “come definiti dalla Convenzione delle Nazioni Unite” precisando poi che “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”. Come già accennato, il c. 5 dell’art. 17, d. lgs. 62/2024, nell’inserire l’art. 5 bis alla L. 104/1992 dopo aver richiamato il concetto di onere sproporzionato e eccessivo e la Convenzione Onu, precisa che l’a.r. deve essere “compatibile con le risorse effettivamente disponibili allo scopo”. Si è anche già rilevato che tale richiesta di compatibilità risulta ultronea rispetto ai parametri di cui alla Convenzione Onu. Si aggiunga qui solo come anche il limite delle risorse disponibili di cui all’art. 3, c. 3 bis, d. lgs. 216/2003 non possa in alcun modo essere inteso come esimente rispetto all’obbligo stabilito dalla dir. 2000/78 e, men che meno, come volto a sancire l’obbligatorietà dei soli a.r. che siano a costo zero.

Si deve piuttosto valutare, da un lato, se la direttiva Ue imponga di interpretare il limite dell’obbligo di a.r. tenendo in considerazione solo una valutazione di carattere finanziario o se esigenze e ragioni di carattere diverso possano essere considerate.

Nonostante le autorevoli prese di posizione a favore dell’esclusiva valutazione finanziaria⁷⁰, mi pare che sussistano numerosi elementi che facciano propendere per l’interpretazione estensiva. Intanto perché anche le misure organizzative o di altro genere sono valutabili in termini di oneri finanziari, in secondo luogo perché sussistono diversi riferimenti normativi che inducono a ritenere che anche considerazioni di altro tipo possano assumere rilievo.

Anzitutto si può infatti osservare che, in ogni caso, l’obbligo di a.r. incontra altri importanti limiti. Alcuni sono anche esplicitati direttamente nella direttiva Ue. Si allude al fatto che la direttiva non impone al datore di lavoro “l’assunzione, la promozione o il mantenimento dell’occupazione né

⁶⁷ Per un’analisi di v. Waddington 2011, 185.

⁶⁸ Crpd, *General Comment n. 6*, punto 25

⁶⁹ Il termine onere è qui chiaramente utilizzato in senso atecnico, in quanto preferibile ad altre traduzioni di *burden* quali potrebbero essere “peso” o “carico”.

⁷⁰ Waddington 2011, 185.

prevede la formazione di un individuo non competente, non capace o non disponibile ad effettuare le funzioni essenziali del lavoro in questione” (considerando 17); in secondo luogo, il considerando 21 invita a tener conto, sia pure al fine di determinare se il costo finanziario è proporzionato, anche di “costi di altro tipo”⁷¹. Inoltre, la direttiva lascia impregiudicate “le misure previste dalla legislazione nazionale che, in una società democratica, sono necessarie alla sicurezza pubblica, alla tutela dell’ordine pubblico, alla prevenzione dei reati e alla tutela della salute e dei diritti e delle libertà altrui”. Lungo la stessa linea si muove del resto il Crpd, laddove individua tra gli elementi di valutazione la fattibilità giuridica e pratica, e il rispetto dei requisiti di sicurezza⁷².

Detto ciò, il cuore della quesitone rimane ancora quello di stabilire fino a che punto il datore di lavoro debba modificare la sua organizzazione aziendale. Il Crpd invita a considerare a questo fine, oltre alle dimensioni dell’obbligato, anche gli effetti che l’a.r. può determinare sull’istituzione o sull’impresa, i benefici per i terzi, gli eventuali impatti negativi su altre persone e il rispetto degli standard di sicurezza⁷³ e analoghe indicazioni si ritrovano nei considerando della dir. 2000/78.

La Corte di giustizia ha in più occasioni fatto riferimento a mutamenti organizzativi, quali i cambiamenti di orario, l’adibizione a mansioni diverse, la dispensa da determinati compiti, il trasferimento del lavoratore. In due recenti decisioni, ha aggiunto che la possibilità di assegnare il lavoratore a un altro posto esiste solo in presenza di almeno un posto vacante che il lavoratore interessato può occupare⁷⁴, precisando, peraltro, che spetta al datore di lavoro dimostrare che la riassegnazione sarebbe tale da imporre un onere sproporzionato. In nessuna delle due decisioni, tuttavia, la Corte di giustizia sembra aver approfondito la questione, né ha dato adeguata motivazione al limite così individuato. Sul tema del trasferimento, peraltro, è stata recentemente sottoposta alla Corte di giustizia la questione relativa alla mobilità del personale della scuola. La questione è complessa perché la legge e la contrattazione collettiva, pur prevedendo, come noto, la priorità nel trasferimento a favore dei disabili, dispongono che si proceda prioritariamente alla mobilità endoprovinciale e solo successivamente a quella tra province. In questo modo, i lavoratori con disabilità che richiedono il trasferimento fuori provincia non riescono ad accedervi in quanto, essendo lo spostamento subordinato alla disponibilità di un posto vacante nella sede di destinazione, i posti in origine disponibili sono già stati coperti. La Corte di Cassazione ha chiesto quindi alla Corte di giustizia se la regola della priorità della mobilità endoprovinciale costituisca discriminazione indiretta. Si è già accennato al fatto che nel caso di specie, prevedendo la legge una priorità assoluta a favore dei lavoratori non vedenti e di quelli emodializzati potrebbe configurarsi una discriminazione diretta e chi scrive ha già avuto modo di sottolineare in altra sede come il criterio della priorità previsto dalla legislazione nazionale per il trasferimento e, da ultimo, per l’accesso a forme di lavoro flessibile da parte del disabile debba essere inteso in senso relativo, e che cioè la richiesta dell’a.r. debba in ogni caso essere presa in considerazione dal datore di lavoro e valutata secondo i parametri di cui alla dir. 2000/78/Ce⁷⁵.

⁷¹ In questo senso anche Bell 2018, 132.

⁷² Crpd, *General Comment* n. 6, p. 26, nel senso che la proporzionalità va intesa anche in senso organizzativo si v. anche D’Ascola 2022, 201; Torsello 2022, 230.

⁷³ Crpd, *General Comment* n. 6, p. 26

⁷⁴ Cgue 10.2.2022, HR Rail C-485/20; Cgue 18.01.2024, J.M.A.R., C-631/22

⁷⁵ Bonardi 2022, 118. Si aggiunge qui che la normativa in questione risulta sindacabile anche sotto il profilo della sua legittimità costituzionale. In un caso per certi versi simile la C. Cost. 4 giugno 2024, n. 99, ha ritenuto irragionevole e dunque in contrasto con l’art. 3, l’art. 42 bis, d. lgs. 151/01 laddove esso consente il trasferimento temporaneo del

Il tema dell'incidenza dell'obbligo di a.r. sulle scelte organizzative dell'impresa è stato affrontato in diversi casi anche dalla Corte di Cassazione, con decisioni in parte contrastanti. Senza poter qui procedere a una disamina completa della giurisprudenza in materia, si può osservare come l'ingresso dell'obbligo di a.r. abbia sostanzialmente determinato il superamento della classica posizione giurisprudenziale, sancita dalla sentenza delle S.U. n. 7755/1998, per cui l'obbligo di conservazione dell'occupazione del lavoratore incontra il limite dell'assetto organizzativo insindacabilmente stabilito dall'imprenditore a salvaguardia dell'autodeterminazione “circa il dimensionamento e la scelta del personale da impiegare nell'azienda ed il conseguente profilo dell'organizzazione interna della medesima” (c.m.), di guisa che sarebbero esigibili solo microinterventi consistenti nella ricomposizione delle funzioni sottratte ad altri lavoratori, ma sempre nell'ambito di mansioni già esistenti⁷⁶. Però, dopo l'introduzione dell'obbligo di a.r., mentre un orientamento si spinge ad affermare la necessità di mutamenti organizzativi ben più rilevanti – quali lo spostamento di colleghi ad altro reparto e la diversa ripartizione dei compiti al fine di creare una nuova posizione lavorativa costruita sulla base delle residue capacità del lavoratore⁷⁷ – un altro ha accolto una posizione meno rigorosa e sostanzialmente intermedia. La Cassazione, nella nota sentenza 6497/21⁷⁸, ha infatti affermato che “non è certo sufficiente per il datore semplicemente allegare e provare che non fossero presenti in azienda posti disponibili in cui ricollocare il lavoratore, come si trattasse di un ordinario *repêchage*, così creando una sovrapposizione con la dimostrazione, comunque richiesta, circa l'impossibilità di adibire il disabile a mansioni equivalenti o inferiori compatibili con il suo stato di salute”. La decisione si apprezza soprattutto perché segnala la necessità di applicare un parametro di valutazione diverso rispetto a quello riguardante la generalità dei lavoratori, sottolineando così non solo che la situazione dei disabili richiede un trattamento differenziato, ma anche che l'obbligo di a.r. esige un bilanciamento di interessi diverso rispetto a quello applicato alla generalità delle situazioni di conflitto tra la libertà d'impresa e diritto al lavoro, venendo qui in gioco anche il diritto fondamentale a non essere discriminati. E si potrebbe agevolmente osservare, ritornando all'impostazione delle Sezioni Unite, che un conto è l'autonomia circa la scelta delle dimensioni dell'impresa e altro è la scelta del personale da impiegare, posto che proprio questo è il profilo su cui va maggiormente a incidere il divieto di discriminazioni. Meritevole di ulteriori approfondimenti è invece la conseguente affermazione della sentenza 6497/21, laddove attribuisce al termine ragionevole il valore di limite all'obbligo di accomodamenti. Secondo il ragionamento della Corte, poiché la ragionevolezza fa ingresso nei rapporti tra privati per il tramite delle clausole di correttezza e buona fede, “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*” (c.m.). È quest'ultimo riferimento alla comune valutazione sociale che, ad avviso di chi scrive, non può essere condiviso⁷⁹. Al di là della questione della completa sovrapposizione rispetto agli obblighi di correttezza e buona fede che così si realizzerebbe, il punto è che il sacrificio imposto all'accomodante deve essere valutato secondo i canoni imposti dal principio di non discriminazione, esigendo quindi

lavoratore genitore solo nella provincia o regione in cui lavora l'altro genitore: senza considerare la situazione in cui entrambi i genitori lavorano in regioni diverse da quelle in cui è stata fissata la residenza familiare.

⁷⁶ Cass. 24.05.2005, n. 10194

⁷⁷ Cass. 19.03.2018 n. 6798

⁷⁸ Cass. 9.03.2021, n. 6497.

⁷⁹ Per un commento alla sentenza si v. Tarquini 2021,1.

un temperamento che va oltre il normale standard di applicazione del criterio di ragionevolezza, tenendo conto della necessità di preservare per quanto possibile il nucleo essenziale del diritto della persona con disabilità oltre che al lavoro a non essere discriminato. Inoltre, il bilanciamento non si può esaurire nelle pretese delle controparti contrattuali, ma implica la realizzazione di un equilibrio la cui valenza pubblicistica non può essere obliterata. In questo senso militano anche le recenti modifiche all'art. 41 Cost. Se, fin dalla prima formulazione del limite costituzionale, la dignità – che ormai è considerata a pieno titolo a fondamento del diritto antidiscriminatorio – poteva giustificare una lettura restrittiva della libertà d'impresa, a maggior ragione una lettura combinata di questo con l'esplicita menzione, avvenuta con la l. cost. n. 1/2022, della tutela della salute, sembrerebbe, secondo le migliori interpretazioni, indicare un punto di bilanciamento diverso⁸⁰.

Correttamente però la Cassazione rileva che “non possono essere dettate, in astratto, prescrizioni cogenti”⁸¹; ma ciò non significa ritenere che il legislatore abbia inteso rinviare «a ponderazioni personali del giudice (...) dovendo questi decidere, secondo il parametro della ragionevolezza e quindi sulla base di un bilanciamento con forte sostrato ideologico»⁸², perché i criteri di valutazione sono già indicati nella normativa internazionale ed europea. Ciò non significa nemmeno che si possa affermare a priori che il datore di lavoro debba necessariamente riorganizzare l'impresa e adottare dirompenti modifiche organizzative per costruire ad ogni costo una posizione adeguata per il lavoratore disabile, ma si dovrà procedere a una valutazione caso per caso, in relazione alle richieste di accomodamento avanzate dal lavoratore e in dialogo con lo stesso, tenendo conto della loro praticabilità nel contesto dato, dell'importanza delle modifiche organizzative necessarie, anche in relazione ai costi che questa è in grado di sopportare, alle dimensioni dell'impresa, all'impegno organizzativo richiesto, agli eventuali benefici che ne possono derivare per la collettività o per altri (si pensi al caso in cui il trasferimento del disabile possa avvantaggiare anche un altro lavoratore che, a sua volta trasferito, si avvicinerrebbe a casa).

Qualche considerazione ulteriore può essere svolta laddove si evidenzino i nessi tra divieti di discriminazione e obblighi di sicurezza. Si è già accennato alla necessità di tenere conto, nella valutazione dei rischi, anche di quelli che riguardano gruppi di lavoratori esposti a rischi particolari, e al dovere del datore di lavoro, non solo di adeguare il lavoro all'uomo, ma anche di tenere conto delle capacità e delle condizioni dei lavoratori in relazione alla sicurezza al momento di affidare loro le mansioni (art. 18, c. 1. lett. c, d. lgs. 81/08). Si aggiunga ora che molto spesso l'a.r. consiste nell'adozione di una misura di sicurezza, sia essa un dispositivo di protezione individuale, una prescrizione del medico competente, o una misura di protezione collettiva (si pensi ancora allo spolveramento dei locali di Cass. 6798/18) o una modifica organizzativa. In tutti questi casi, il giudizio di proporzionalità e non eccessività del costo deve necessariamente essere corretto al fine di adeguarsi al principio fondamentale sancito dalla dir. 89/391/CEE per cui l'adempimento dell'obbligo di sicurezza non può dipendere da considerazioni di carattere economico⁸³. Per altro verso, proprio quella concezione di tutela della salute e sicurezza quale insieme organico di misure che muovono dalla progettazione e organizzazione di ambienti di lavoro sicuri – che costituisce il punto più qualificante e il perno centrale su cui ruota la normativa europea in materia – suggerisce

⁸⁰ D'Ascola 2022, 202; sulla portata della riforma si v. Tomassetti 2024, 273; Nicotra 2021,1; Cecchetti 2021, 310.

⁸¹ Cass. 9.03.2021, n. 6497.

⁸² De Luca Tamajo 2023, 500.

⁸³ Bell 2018, 130.

ancora una volta che il perimetro delle scelte insindacabili dell'impresa non sia stabilito a priori ma dipenda dal necessario rispetto dei diritti fondamentali della persona⁸⁴.

Altra è la questione relativa ai diritti degli altri lavoratori che possono risultare coinvolti, sulla quale si registra altresì una certa varietà di opinioni. In proposito, non pare dubbio che provvedimenti che incidano anche sulla posizione di altri lavoratori siano impliciti in quella nozione di a.r. che include “la ripartizione dei compiti” menzionata dal considerando 21 della dir. 2000/78, il punto è stabilire quale sia il limite di tangibilità di detta posizione. La questione è senz'altro complicata dal processo di allargamento dei poteri imprenditoriali a cui si è assistito negli anni più recenti e il cui nodo principale è costituito dalla possibilità di mutamento di mansioni, anche a livello di inquadramento inferiore, in presenza di mutamenti organizzativi che incidano sulla posizione del lavoratore. Pare evidente che una eventuale diversa ripartizione dei compiti dettata dalla necessità di un a.r. possa costituire al contempo un mutamento organizzativo e che dunque possa anche giustificare il mutamento delle mansioni dei colleghi⁸⁵ (così come pare evidente che in linea di principio essa possa integrare gli estremi delle comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive che giustificano il trasferimento del lavoratore). Ma queste osservazioni non chiudono affatto il discorso e non sono sufficienti ad affermare la legittimità e la doverosità di simili provvedimenti. La Corte di Cassazione, infatti, ha talora individuato il limite nelle mansioni assegnate o in mansioni che valorizzino l'esperienza e la professionalità acquisite⁸⁶. Ma pare doveroso precisare come, anche in questi casi, nella valutazione occorrerà considerare tutti gli elementi rilevanti, in una logica di ponderazione degli interessi in gioco che non può che avvenire caso per caso⁸⁷. In tale ponderazione, l'impatto sulla posizione degli altri lavoratori costituisce un costo negativo che secondo il Crpd deve essere valutato. Rileverà anche il costo sostenuto dal datore di lavoro, poiché il mutamento di mansioni presuppone l'adempimento degli obblighi formativi, inclusi quelli in materia di salute e sicurezza e l'adibizione a mansioni inferiori presuppone il mantenimento della retribuzione precedente. Anche il trasferimento potrebbe dare diritto ad eventuali indennità previste dalla contrattazione collettiva. Ma, ritornando all'esempio fatto sopra del trasferimento di due lavoratori che di fatto avvantaggia entrambi, mi pare che, ancora una volta, la risposta non possa che dipendere da un processo di valutazione che soppesi tutte le positività e negatività che possono determinarsi, in una procedura di dialogo con i soggetti interessati che consenta di trovare consensualmente l'accomodamento migliore di tutti gli interessi in gioco. In quest'ottica, fermi restando i limiti dei diritti inderogabili derivanti dalla legge o dalla contrattazione collettiva, vi può anche essere spazio per richiedere ai colleghi di lavoro una certa collaborazione. Essa trova fondamento nell'adempimento di quei doveri di solidarietà che l'art. 2 Cost. richiede a tutti i cittadini a garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo e nella Conv. Onu, che considera gli a.r. un obbligo generale. Il legislatore nazionale ha già del resto riconosciuto istituti aventi la stessa ispirazione laddove, con una misura per altri versi discutibile, ammette che i lavoratori possano cedere i propri diritti ai riposi e alle ferie a favore di colleghi che debbano assistere figli minori che per le particolari condizioni di salute necessitino di cure costanti (art. 24, d.lgs. n. 151/2015). Premesso che anche questa possibilità potrebbe essere considerata un a.r. (sia pure a favore del genitore *caregiver*, si cui v. *infra* §7) e che detta soluzione potrebbe non essere

⁸⁴ Pascucci 2023b, 49.

⁸⁵ Nel senso della tangibilità della posizione degli altri lavoratori v. De Falco 2021, 3; Tarquini 2021, 1; in termini dubitativi v. invece Voza 2024, 49.

⁸⁶ Cass. 19.12.2019, n. 34432.

⁸⁷ Tarquini 2021.

necessariamente la migliore, potendo sussistere altri accomodamenti meno impattanti e altrettanto e forse anche più ragionevoli da ponderare, merita qualche considerazione la volontarietà della cessione. Qui, infatti, ci si muove già sul terreno di un diritto inderogabile del lavoratore (sia pure nella parte derivante dal contratto collettivo ed eccedente i limiti di legge), il che non solo giustifica la necessità del consenso dei lavoratori, ma pone in luce, ancora una volta, quanto una gestione partecipata e il più possibile dialogante e consensuale sia fondamentale, anche per risolvere i potenziali attriti o conflitti che le modifiche organizzative sottese all'a.r. possono determinare.

6. Aspettando la Corte di giustizia a) Diritto agli a.r. e superamento del periodo di comportamento

Con ordinanza del 4 gennaio 2024 il Tribunale di Ravenna pone alla Corte di giustizia cinque questioni, con le quali in sostanza chiede se la previsione di un periodo di comportamento di 180 giorni, a cui si aggiunge la possibilità di chiedere una aspettativa non retribuita di 120 giorni, possa essere considerato discriminazione indiretta e, in tal caso, se il criterio uniforme per tutti i lavoratori non possa ritenersi giustificato da una finalità legittima perseguita con mezzi appropriati e necessari. Il Tribunale chiede inoltre se di per sé l'aspettativa non retribuita possa essere considerata un a.r. idoneo e se sia ragionevole un accomodamento consistente nel concedere, dopo la scadenza del periodo di comportamento, un ulteriore periodo retribuito integralmente a carico del datore di lavoro in assenza di controprestazione lavorativa. Il Tribunale chiede infine se al fine di valutare la discriminatorietà del licenziamento rilevi la circostanza che anche un ulteriore periodo di conservazione del posto non avrebbe consentito il rientro al lavoro del disabile permanendo il suo stato di disabilità.

Prima di entrare nel merito delle domande poste alla Corte di giustizia, è utile ricordare come, a seguito di un contenzioso ormai assai frequente, che ha visto i giudici di merito e la dottrina attestarsi su diverse posizioni, la Cassazione, muovendo dal presupposto che la malattia può essere tanto causa quanto effetto della disabilità⁸⁸, e che il lavoratore con disabilità è esposto al rischio di ulteriori assenze dovute a una malattia collegata alla disabilità, ha accolto la tesi della natura indirettamente discriminatoria dell'applicazione dell'ordinario periodo di comportamento anche ai lavoratori con disabilità⁸⁹. Essa ha inoltre in più occasioni preso posizione sulla complessa questione della conoscibilità della disabilità da parte del datore di lavoro. A fronte di un orientamento che ritiene senz'altro irrilevante la mancata conoscenza da parte del datore di lavoro di detta condizione in ragione della natura oggettiva del divieto di discriminazione⁹⁰, la Corte di Cassazione ha ritenuto che la conoscenza o conoscibilità della disabilità possa rilevare non tanto ai fini dell'accertamento della discriminazione quanto della sussistenza di una esimente per il datore di lavoro che non abbia reso praticabili gli a.r... Esimente che non sussiste laddove il datore di lavoro abbia colpevolmente ignorato la disabilità o comunque avrebbe potuto conoscerla tenendo un comportamento improntato a diligenza. La Cassazione fa gli esempi del lavoratore assunto ai sensi della L. 68/1999 o che abbia comunicato la propria condizione al datore di lavoro, dei casi in cui avrebbe dovuto esserne a

⁸⁸ Cass. 31.03.2023, n. 9095.

⁸⁹ Cass. 31.03.2023, n. 9095.

⁹⁰ Corte app. Milano, 1.12.2022; Trib. Verona, 21.03.2021. *Contra*, ritiene necessaria la conoscibilità della malattia Corte App. Torino, 26.10.2021. Si osservi però come anche senza scomodare il concetto di potenziale svantaggio, il carattere oggettivo del divieto di discriminazioni porta a ritenere che il criterio apparentemente neutro ma discriminatorio resta tale a prescindere dalla conoscenza della condizione soggettiva. Altra cosa è invece la questione relativa alla conoscibilità di quale a.r. sia necessario: richiedendo un comportamento proattivo esso presuppone necessariamente quanto meno la conoscibilità. Ma su questo si tornerà *infra* nel testo.

conoscenza, ma non lo è perché non ha effettuato correttamente la sorveglianza sanitaria o perché le certificazioni o la documentazione inviate erano sintomatiche di un particolare stato di salute costituente disabilità. In tutte queste situazioni, afferma la Corte, prima di adottare il provvedimento di licenziamento il datore di lavoro ha l'onere di acquisire informazioni, cui non può corrispondere un comportamento ostruzionistico del lavoratore, al fine di individuare gli eventuali a.r.⁹¹. A questa interpretazione si sono mosse alcune obiezioni di non poco conto. Si sostiene che si debba tenere distinta l'ipotesi della malattia come causa o come effetto della disabilità e muovendo da questo, come si vedrà tra breve, non condivisibile presupposto, si osserva che il fattore di rischio non è la disabilità in sé ma solo la reiterazione delle assenze per malattia dovuta a disabilità. Corollario di tale impostazione è l'onere del lavoratore di informare il datore di lavoro (e di dimostrare eventualmente in giudizio) sia della sua condizione di disabilità sia del fatto che le assenze per malattia sono ad essa connesse. Si richiede inoltre, in analogia con la malattia comune, che sia il certificato medico a precisare che la malattia sia dovuta a disabilità⁹². Alle tesi che richiedono la sussistenza e la prova di una correlazione diretta tra l'assenza per malattia e lo stato di disabilità si oppone però la considerazione che la struttura del divieto di discriminazione indiretta, così come enucleata nelle direttive c.d. di seconda generazione, non richiede affatto necessariamente la realizzazione dell'effetto svantaggioso: l'utilizzo delle espressioni “ possono mettere in una posizione di particolare svantaggio” è di per sé idonea a determinare la sussistenza della discriminazione anche in presenza di uno svantaggio solo potenziale. Il nesso causale tra la specifica assenza e la disabilità, quindi, finisce con il richiedere un requisito eccedente gli elementi essenziali della fattispecie, in contraddizione anche con le regole di alleggerimento degli oneri probatori.

Il timore di fondo che anima le letture restrittive è quello di un “aumento del costo non retributivo del lavoro” che deriverebbe dalla necessità di accomodare le più variegiate esigenze dei lavoratori⁹³ che, unito al venir meno della certezza del diritto che l'ordinamento dovrebbe garantire⁹⁴, porterebbe alla conservazione di posti di lavoro per periodi indeterminatamente lunghi e a conseguenze sanzionatorie – quelle derivanti dal licenziamento discriminatorio – eccessivamente gravose, soprattutto per le piccole imprese e a fronte di situazioni incolpevoli.

È quest'ultima, infatti, una delle argomentazioni centrali dell'ordinanza di rinvio alla Corte di giustizia del Tribunale di Ravenna. Questa parte dalla considerazione che il periodo di comportamento previsto dalla contrattazione collettiva possa considerarsi già di per sé talmente lungo da dimostrare che esso è stato congegnato a priori al fine di tenere conto, oltre che delle malattie comuni, anche del rischio di malattia connessa a disabilità⁹⁵. Ora, si può preliminarmente osservare che detta interpretazione presupporrebbe quanto meno l'accertamento della volontà delle parti che hanno indicato nel contratto collettivo quel comportamento di considerare anche il caso della disabilità, circostanza che è però smentita dall'esclusione da parte dello stesso contratto collettivo della possibilità di richiedere l'aspettativa non retribuita per le malattie croniche o psichiche e per converso dall'allungamento della stessa per le patologie oncologiche. Inoltre, è agevole osservare che la durata del periodo di comportamento risulta perfettamente in linea con la nozione di malattia quale evento

⁹¹ Cass. 31.03.2023, n. 9095; Cass. 11.04.2024, n. 14402; Cass. 22.05.2024, n. 14316.

⁹² Maresca 2024, spec. 7.

⁹³ Tiraboschi 2023, 268.

⁹⁴ Elemento, questo, centrale anche nella critica allo sviluppo delle clausole generali e delle norme aperte. Cfr. Loy 2014, 7.

⁹⁵ È questa anche la tesi di Pileggi 2024, 66.

temporaneo vigente nel nostro ordinamento ai fini previdenziali. E, d'altra parte, è l'impostazione della domanda a risultare mal posta. Ciò sia perché essa non tiene conto delle differenziazioni previste dalla contrattazione, che dimostrano la possibilità di un diverso punto di equilibrio tra gli interessi del datore di lavoro e quelli del lavoratore, sia perché, in ogni caso, non considera la natura necessariamente individualizzata dell'a.r., presupponendo che la soluzione generalizzata di per sé esaurisca l'obbligo. Sarebbe un po' come dire che l'accessibilità generale esclude la necessità dell'accomodamento individuale; il che sarebbe senz'altro vero, se non fosse che quest'ultimo è proprio la misura che viene prevista quando quella progettata universalmente ha fallito. Per questa ragione, non pare nemmeno condivisibile la tesi di chi propone di incorporare gli a.r. nella disciplina generale del comportamento di malattia previsto dal contratto collettivo, prevedendo un comportamento più lungo o il diritto a un'aspettativa fruibile una volta il comportamento così è stato superato⁹⁶. La proposta coglie sicuramente nel segno laddove affida alla contrattazione collettiva il compito di farsi carico della questione riducendo i margini di incertezza. Si aggiunga qui che in quella contrattazione sarebbe centrale la definizione delle procedure necessarie per giungere all'individuazione degli a.r. Essa va però oltre il segno laddove suggerisce che gli accomodamenti "dovranno riguardare misure di carattere generale, anche scontando la possibilità che l'uniformità di questi comportamenti una scarsa efficacia a fronteggiare situazioni di disabilità (salvo che non sia portate a conoscenza del datore di lavoro) che richiedono interventi *ad hoc*", perché, come più volte osservato, è proprio questa la funzione dell'a.r.. È anche per questo motivo che, ferma restando la sussistenza di una discriminazione diretta per disabilità nei casi in cui il datore di lavoro non abbia nemmeno applicato al lavoratore in condizione di disabilità l'eventuale periodo di comportamento prolungato previsto dal contratto collettivo per determinate patologie disabilitanti, pare condivisibile la soluzione flessibile accolta dalla Corte di Cassazione, che ha ritenuto ipotizzabili sia l'allungamento del periodo di comportamento sia l'espulsione dal calcolo del comportamento i periodi di malattia connessi alla disabilità⁹⁷.

Come ha osservato il Tribunale di Ravenna, il superamento del periodo di comportamento segna "il plastico manifestarsi dell'inefficienza oggettiva del rapporto" e questa inefficienza non dipende da altro se non dal fatto che la malattia impedisce di lavorare. Il che però equivale a dire che il superamento del periodo di comportamento non è altro che il plastico manifestarsi di una malattia duratura che ostacola il lavoro. Ma è anche da ricordare che la malattia è un concetto relazionale e che infatti ostacola il lavoro nelle condizioni date, che non sono necessariamente determinate solo dalla sussistenza di una incapacità di lavoro, ma anche dalle interazioni dello stato di salute della persona con il contesto. Il caso *Ring*⁹⁸ da questo punto di vista è illuminante: le assenze per malattia che avevano dato origine al licenziamento non sarebbero state tali se alla lavoratrice fosse stata consentita una riduzione d'orario tale da impedire l'aggravamento delle sue condizioni fisiche. Allo stesso modo, una incapacità a determinate mansioni che porta all'astensione dal lavoro per malattia potrebbe essere non più tale ove si valutasse l'adibizione ad altri compiti o l'adozione di misure di protezione. Non sono del resto infrequenti i casi in cui il licenziamento per superamento del periodo di comportamento segue al fallimento di quel dialogo tra datore di lavoro e lavoratore che avrebbe dovuto portare all'individuazione degli accomodamenti necessari per consentire al lavoratore di mantenere l'occupazione prima dell'aggravarsi della situazione. Con riferimento a queste circostanze, si può

⁹⁶ Maresca 2024, 9.

⁹⁷ Cass. 11.04.2024, n. 14402; *contra*: Della Rocca G. 2024, 154, che nega totalmente la riconduzione del prolungamento del periodo di comportamento alla nozione di a.r.

⁹⁸ Cgue 11.04.2013, C- 335/11 e C-337/11, *Ring*.

anche osservare come il prolungamento del periodo di comporto, sia un a.r., per così dire, di ultima istanza rispetto a misure che, se adottate preventivamente, avrebbero potuto consentire un più adeguato bilanciamento degli interessi e dei diritti in gioco⁹⁹. Ma proprio i casi in cui l'assenza per malattia dipende anche da un precedente mancato a.r. portano a due ulteriori considerazioni di carattere giuridico: la prima è che il datore di lavoro non può computare assenze causate da malattie ascritte alla propria responsabilità (in questo caso da violazione dell'obbligo di a.r. e/o di quello di sicurezza); la seconda è che il prolungamento del comporto (o il solo scomputo di determinate assenze) potrebbe non essere l'accomodamento più ragionevole, sussistendo altre misure, come il mutamento di mansioni, l'utilizzo di ausili, o anche la riduzione d'orario che potrebbero consentire una ripresa del lavoro e meglio conciliare le esigenze del lavoratore con quelle dell'impresa.

Per altro verso, proprio la *ratio* sottesa all'istituto del licenziamento per superamento del periodo di comporto, ovvero la presunzione "dell'inefficienza oggettiva del rapporto", induce ad alcune ulteriori considerazioni circa la questione della conoscenza/conoscibilità della disabilità, e al tipo di prova che il lavoratore deve fornire. Non si tratta infatti di richiedere al datore di lavoro di essere a conoscenza di una "ontologica" disabilità del lavoratore (che certamente potrebbe essere stato malato anche per motivi diversi) quanto di osservare che la malattia, proprio per il suo protrarsi oltre il termine del periodo di comporto, sta assumendo carattere duraturo e tale da impedire al lavoratore di continuare a lavorare come in passato¹⁰⁰. A questa conclusione è certamente più agevole giungere nel caso dell'assenza ininterrotta. Ma, a ben guardare, anche nei casi di assenze ripetute in cui forse è più probabile il sommarsi di eventi patologici diversi, non è da escludere la sussistenza di una patologia che integra la disabilità o di interazioni tra questa e malattie comuni che, sovrapponendosi alla condizione di disabilità (che magari fino a quel punto non aveva implicato assenze) determinano un quadro complesso che non può non essere considerato unitariamente (basti pensare a quanto una comune polmonite possa complicare il quadro di una persona con patologie cardiache fino a quel momento perfettamente controllate farmacologicamente¹⁰¹). A ciò si deve aggiungere la considerazione che l'insorgere di una disabilità non è sempre e necessariamente determinato da una causa che esplica la sua azione rapidamente e determina effetti stabili nel tempo. A meno che si tratti di patologie congenite, sussiste nella stragrande maggioranza dei casi un certo periodo in cui si presuppone, e si spera, che quella patologia sia reversibile, magari in tempi rapidi, o che possa regredire. Corre insomma un certo lasso di tempo dal momento in cui si manifesta la disabilità e quello in cui si prende atto che la malattia o l'infortunio hanno effetti duraturi. Opportunamente, quindi, la Cassazione ha tenuto conto del fatto che la malattia può essere sia elemento generatore della disabilità, sia un suo effetto. Le osservazioni sin qui svolte non mirano ad affermare che ogni qualvolta sia superato il periodo di comporto ci si trovi automaticamente a fronte di una disabilità. Mirano però, da un lato, a sottolineare come la pretesa di poter distinguere sempre a priori la malattia comune da quella connessa a disabilità possa rivelarsi velleitaria, e come, d'altra parte, al momento del superamento del periodo di comporto, sia altamente probabile che la malattia, o la malattia disabilitante in interazione con altre patologie che in normali condizioni non lo sarebbero, stia molto

⁹⁹ Dagnino 2023, 349. Nel senso che l'assegnazione a compiti modificati è un a.r. "*last resort*" si v. Crpd, *Views adopted by the Committee under article 5 of the Optional Protocol, concerning communitation* n. 47/2018.

¹⁰⁰ Si v. in questo senso anche il parere del Crpd, *Views adopted by the Committee under article 5 of the Optional Protocol, concerning communitation* n. 51/2018, del 3.10.2022, Bellini.

¹⁰¹ Ma contra si v. Della Rocca 2024, 152, per la quale "il lavoratore disabile in senso stretto, il cui stato di salute non è legato a una malattia progressiva o cronica, di massima non presenta un rischio di malattia superiore a quello del lavoratore *standard*".

probabilmente (ma non necessariamente sempre) già varcando il confine della temporaneità. È questa una situazione quindi in cui si hanno sufficienti elementi per ritenere che lavoratore si possa trovare in una condizione di disabilità tale da richiedere a.r.. Il Crpd ha infatti chiarito che il dovere di adottare a.r. non è limitato ai casi in cui questo viene richiesto dalla persona con disabilità, potendo essere richiesto anche da suoi rappresentanti o da un gruppo di persone e che l'obbligo non sussiste solo nei casi in cui l'obbligato era a conoscenza della disabilità, ma anche in tutti quelli in cui un potenziale obbligato possa aver realizzato che la persona in questione ha una disabilità che potrebbe richiedere l'a.r.¹⁰². A non diversa conclusione si giunge del resto considerando che il divieto di discriminazioni indirette non si applica soltanto ai casi in cui sia effettivamente dimostrata la sussistenza di un particolare svantaggio, ma anche ove il criterio apparentemente neutro possa anche potenzialmente determinare lo svantaggio.

Ciò non implica in alcun modo l'obbligo per il datore di lavoro di adottare accomodamenti a fronte della mancata cooperazione del lavoratore che, alla richiesta del datore di lavoro non fornisca le informazioni necessarie circa il proprio stato di salute, le possibilità di ripresa del lavoro e le eventuali condizioni in cui potrebbe farlo. Né certamente implica, come invece teme il Tribunale di Ravenna, il dovere del datore di lavoro di mantenere in vita un rapporto con un lavoratore perennemente assente o comunque non in grado di svolgere i propri compiti (con gli accomodamenti necessari). Entrambe le fattispecie, infatti, paiono riconducibili al caso previsto dal considerando 17 della dir. Ue, che esclude dall'ambito di applicazione il caso della persona "non competente, non capace o non disponibile ad effettuare le funzioni essenziali del lavoro in questione". Si deve invece ammettere che l'obbligo di avviare il dialogo con il lavoratore dovrebbe attivarsi in ogni caso in cui ci si avvicini al momento del superamento del periodo di comportamento, come del resto ha chiaramente affermato la Corte di cassazione nelle sue più recenti decisioni¹⁰³ e che, per contro, superato o no detto periodo, ove sia accertata l'impossibilità di riprendere il lavoro, il rapporto possa essere risolto. Ciò però solo a condizione che non sussistano accomodamenti ragionevoli che permettano il mantenimento dell'occupazione. Per queste ragioni, anche il prolungamento del comportamento non può essere considerato una soluzione applicabile meccanicisticamente¹⁰⁴. Certamente il comportamento prolungato previsto dalla contrattazione collettiva costituisce un parametro di riferimento importante, tuttavia è alla situazione personale e all'interazione di questa con l'organizzazione che si dovrà guardare per valutare le varie possibilità alternative, che potrebbero essere anzitutto misure di carattere organizzativo, tecnico o di altro genere che possano consentire la ripresa del lavoro o lo scomputo delle assenze per disabilità (ove una distinzione sia effettivamente possibile). È certamente inevitabile il permanere di un certo margine di incertezza. Questo è del resto tipico di tutte le norme di carattere generale; tuttavia, si può osservare, da un lato, come la predisposizione delle procedure e del dialogo possano decisamente facilitare la convergenza delle parti e ridurre i margini di contenzioso, e, dall'altro, che i criteri della proporzionalità applicati secondo i parametri del giudizio

¹⁰² Crpd, *General Comment* n. 6, § 24: "the duty to provide reasonable accommodation is not limited to situations in which the person with a disability has asked for an accommodation or in which it could be proved that the alleged duty bearer was actually aware that the person in question had a disability. It should also apply in situations where a potential duty bearer should have realized that the person in question had a disability that might require accommodations to address barriers to exercising rights" e in tema si v. il contributo di Teklè in questo volume e Teklè 2024, 145.

¹⁰³ Cass. 11.04.2024, n. 14402; Cass. 02.05.2024, n. 11731.

¹⁰⁴ Nel senso che l'a.r. non ammette generalizzazioni si v. Cass. 26.2.24, n. 5048.

antidiscriminatorio uniti ai limiti insiti nel divieto di assistenzialismo, sembrano dare indicazioni sufficientemente chiare.

Per concludere, mi pare che molti dei quesiti posti dal Tribunale di Ravenna non possano trovare una risposta univoca, richiedendo accertamenti e bilanciamenti che si possono svolgere solo caso per caso e che, in definitiva, sono rimandati alla discrezionalità del giudice nazionale, l'unico competente ad accertare i fatti. Molti degli aspetti evidenziati nell'ordinanza di remissione inoltre attengono a profili che la normativa europea non ha disciplinato, rinviando alle legislazioni degli Stati membri. L'affermazione, evidentemente, non riguarda né la nozione di disabilità, né quella di a.r., necessariamente di derivazione eurounitaria. Essa si riferisce invece alla nozione di malattia rilevante ai fini previdenziali, che riverbera i propri effetti sulla determinazione del costo dell'accomodamento ragionevole, alla durata del comporta, rimessa alla valutazione dell'autonomia collettiva, che segna il parametro di riferimento oltre il quale il diritto di assentarsi dal lavoro senza perdita del posto di lavoro sussiste in tanto in quanto sia possibile l'a.r., nonché, infine, alle sanzioni conseguenti all'accertamento della discriminatorietà del licenziamento intimato senza aver prima adottato gli a.r., per il quale il legislatore dell'Unione europea indica solo dei parametri generali di riferimento.

7. (segue) Aspettando la Corte di giustizia b) l'estensione del diritto agli a.r. ai caregivers

Con ordinanza 17 gennaio 2024, n. 1788, la Corte di Cassazione ha sottoposto alla Corte di giustizia tre questioni. Con la prima chiede se il *caregiver* sia legittimato ad azionare la tutela antidiscriminatoria anche a fronte di una discriminazione indiretta; in caso di risposta affermativa, la seconda questione è se il datore di lavoro sia tenuto ad adottare a.r. anche a favore del *caregiver*; infine, con la terza, la Corte chiede quale sia la nozione di *caregiver* rilevante ai fini della direttiva 2000/78/Ce. Il caso da cui sono emerse queste domande è di particolare interesse in quanto riguarda la richiesta al giudice dell'adozione di un piano di rimozione della discriminazione – derivante dalla adibizione e a turni variabili – consistente nell'assegnazione ad un turno fisso in orari compatibili con le esigenze di cura della ricorrente, lavoratrice madre di figlio con disabilità grave. Si tratta dunque di una questione che va al cuore delle scelte organizzative del datore di lavoro. Un elemento rilevante del caso è dato dal fatto che il datore di lavoro concedeva già la possibilità di adibizione a turno fisso ai lavoratori giudicati inidonei alle loro mansioni. Ciò da un lato potrebbe portare a configurare la fattispecie a stregua di discriminazione diretta e, dall'altro, dimostra la praticabilità e non eccessiva onerosità dell'accomodamento richiesto. È anche da osservare che in questo caso l'azienda datrice di lavoro aveva adottato alcuni provvedimenti volti a venire incontro alle esigenze della lavoratrice, ma si trattava sempre di misure di carattere transitorio e non corrispondenti a quelle richieste dalla lavoratrice, che si era resa disponibile anche all'adibizione a mansioni inferiori.

I giudici rimettenti sollevano la questione prospettando alla Corte di giustizia due possibili interpretazioni della dir. 2000/78. La prima, strettamente letterale, porta infatti a ritenere che gli a.r. siano riservati esclusivamente alle persone disabili mentre la sentenza *Coleman*¹⁰⁵ ha riconosciuto la tutela contro la discriminazione associata in un caso di discriminazione diretta, il che “non parrebbe consentire, a prima vista, di estendere l'applicazione della dir. 2000/78/Ce ai *caregivers* di disabili che lamentino una discriminazione indiretta” (punto 30). Questa lettura sarebbe suffragata dalla considerazione che la direttiva potrebbe aver voluto individuare un elenco ristretto dei beneficiari della tutela antidiscriminatoria, al fine di bilanciare gli interessi delle parti coinvolte. La Corte

¹⁰⁵ Cgue 17.07.2008, C-303/06, *Coleman*.

suggerisce però anche una diversa lettura, più sostanziale, che, coniugando gli obiettivi di parità con quelli di tutela dell'occupazione e delle condizioni di lavoro, ritiene che l'estensione della protezione ai *caregivers* sia necessaria per non compromettere l'effetto utile della direttiva e il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione. A supporto di questa interpretazione la Corte sottolinea la stretta correlazione sussistente tra discriminazione diretta e indiretta e l'impossibilità di garantire una vera tutela antidiscriminatoria senza vietarle entrambe. La mancanza di tutela della discriminazione indiretta svuota infatti di contenuto anche quella contro discriminazione diretta.

In questo senso, la Corte richiama il parere del Crpd espresso nel caso *Bellini*, sul quale è utile spendere qualche parola, anche perché riferito a una vicenda italiana¹⁰⁶. Il caso riguarda una lavoratrice che assiste al contempo il marito e una figlia gravemente disabili. Quest'ultima, pur frequentando un centro diurno di assistenza (peraltro per sole cinque ore al giorno) richiede un'assistenza continuativa per tutti gli aspetti della vita, anche durante le ore di sonno. La signora Bellini ha lavorato con modalità di telelavoro dal 2013 al 2017, quando la possibilità di lavorare da casa le è stata revocata, impedendole così di mantenere l'occupazione. Il reclamo che essa presenta al Crpd riguarda non tanto la perdita del posto di lavoro, quanto la mancanza di una tutela previdenziale pensionistica e un'assicurazione di malattia per i prestatori di assistenza. La ricorrente lamenta che la mancanza di riconoscimento legale espone la figura del *caregiver* a gravi conseguenze per la salute, le finanze, la situazione socioeconomica e la vita personale e sociale. Pur tenendo conto delle prestazioni sociali previste a favore dei disabili gravi, compreso l'assegno di accompagnamento, il Crpd ha rilevato la violazione degli artt. 19, 23 e 28, letti in combinato disposto con l'art. 5 formulando specifiche raccomandazioni all'Italia. In particolare, il Crpd ha osservato che l'art. 28 conferisce il diritto dei familiari di una persona con disabilità all'assistenza da parte dello Stato, che è funzionale alla garanzia dei diritti sanciti dalla Convenzione. La protezione dei familiari che forniscono assistenza è infatti un prerequisito necessario per la realizzazione dei diritti della persona con disabilità. Le raccomandazioni si riferiscono alla necessità di assicurare alla famiglia supporti adeguati e di modificare la legislazione nazionale al fine di garantire programmi di protezione sociale e diverse misure volte a garantire l'inclusione sociale delle persone con disabilità, creando supporti finanziari e misure volte a sostenere la vita indipendente e l'accesso su base di eguaglianza all'assistenza personale e supporto per i familiari *caregivers*.

Benché si possa osservare come la maggior parte delle raccomandazioni del Crpd, si collochi al di fuori dell'ambito di applicazione della dir. 2000/78/Ce, in quanto riguardanti i regimi di protezione sociale e non le condizioni di lavoro, il parere del Comitato assume particolare valenza laddove riconosce espressamente che le lacune normative del sistema legale italiano rendono i familiari prestatori di assistenza vulnerabili ed esposti alla discriminazione associata in violazione dell'art. 5 della Convenzione e che la revoca del diritto al telelavoro costituisce discriminazione per associazione. Il Crpd non si pronuncia espressamente anche sul diritto agli a.r. dei prestatori di assistenza, ma pare evidente non solo il riconoscimento esplicito del divieto di discriminazione per associazione, ma anche il fatto che questo è sancito proprio con riferimento a un accomodamento – il telelavoro – necessario per poter lavorare.

¹⁰⁶ Crpd, *Views adopted by the Committee under article 5 of the Optional Protocol, concerning communication n. 51/2018*, del 3 ottobre 2022, su cui v. Teklè 2024, 144.

Per altro verso, a supporto del riconoscimento del diritto agli a.r. anche a favore dei prestatori di assistenza, occorre tenere conto anche delle più recenti disposizioni contenute nella dir. 2019/1158¹⁰⁷. Quest'ultima, seppur non applicabile *ratione temporis* ai fatti che hanno portato all'ordinanza di rimessione, costituisce un tassello fondamentale nella costruzione del diritto di conciliazione delle persone che si prendono cura di familiari con disabilità. La direttiva, in particolare, oltre a fornire una definizione di prestatore di assistenza, sancisce anche il diritto a specifici permessi e, soprattutto, il diritto di richiedere orari di lavoro flessibili. Il considerando 34 della dir. parla in questo senso della possibilità per il lavoratore di "adeguare il calendario di lavoro alle proprie esigenze e preferenze personali".

Secondo la direttiva, il prestatore di assistenza è "un lavoratore che fornisce assistenza o sostegno personali a un familiare o a una persona che vive nello stesso nucleo familiare del lavoratore e necessita di notevole assistenza o sostegno a causa di condizioni di salute gravi, come definito da ciascuno Stato membro".

Una volta sanciti i diritti di cui alla direttiva conciliazione, mi pare quindi che la Corte di giustizia si trovi di fronte all'alternativa se allineare la tutela antidiscriminatoria ai contenuti di quest'ultima direttiva o se riconoscere al divieto di discriminazione un'applicazione più ampia e, conseguentemente, definire anche l'ambito di applicazione del diritto agli a.r. A mio avviso questa seconda interpretazione risulta maggiormente coerente con l'elaborazione sottesa alla nozione di discriminazione associata. Questa, infatti, non è costruita sulla base della vicinanza o della esistenza di un legame tra la vittima della discriminazione e altra persona appartenente al gruppo protetto, bensì sulla base del nesso sussistente tra la condotta adottata e il fattore protetto, come è stato chiaramente esplicitato anche nel caso *Chez*. Anche in questo caso, inoltre, la Corte di giustizia ha affermato che il divieto di discriminazione associata si applica anche alla discriminazione indiretta. Infatti, la Corte di giustizia aveva demandato al giudice nazionale il compito di accertare se la scelta della compagnia elettrica di collocare i contatori a 6 metri di altezza nei quartieri popolati da residenti di origine Rom fosse determinata da pregiudizio razziale (e costituisse quindi discriminazione diretta) o dal criterio neutro di prevenire manomissioni dei contatori (e costituisse quindi discriminazione indiretta), nel qual caso il convenuto avrebbe dovuto fornire elementi di prova tali da dimostrare che il criterio era giustificato¹⁰⁸. Che l'ambito della tutela non sia limitato alla discriminazione associata diretta emerge anche dalla sentenza *Hackelbracht*, in cui la Corte di giustizia ha sostenuto la sussistenza della discriminazione di sesso per ritorsione nel caso di una lavoratrice che aveva testimoniato che il rifiuto di assumere una candidata era determinato dalla gravidanza di quest'ultima¹⁰⁹. Se ne deve quindi dedurre non solo che il divieto di discriminazione associata può essere riferito anche alla discriminazione indiretta, ma anche che persone che non sono formalmente *caregivers* possono essere vittima di discriminazione associata (basti fare l'esempio della persona che viene molestata e che subisce un trattamento meno favorevole perché presunta omosessuale, quando omosessuale non è)¹¹⁰.

¹⁰⁷ Sulla portata storica del riconoscimento dei *caregivers* v. tra i molti, Laulom 2020, 1888; Zucaro 2022, 312; Alessi 2021, 29 ss.; Militello 2020, 35; Scarponi 2021, 883; Chierigato 2020, 129.

¹⁰⁸ Cgue 15.07.2015, C-83/14 *Chez*.

¹⁰⁹ Cgue 20.06.2019 C-404/18, *Hackelbracht*, per la quale "la categoria dei lavoratori che possono beneficiare della protezione ivi prevista deve essere intesa in senso ampio e comprende tutti i lavoratori che possono essere oggetto di misure di ritorsione adottate dal datore di lavoro come reazione a un reclamo presentato a titolo di discriminazione fondata sul sesso, senza che tale categoria sia peraltro delimitata."

¹¹⁰ Nello stesso senso, con specifico riferimento alla disabilità, Loy 2009, 33.

Una volta ammesso che il divieto di discriminazione associata copre sia quella diretta, sia quella indiretta, risulta più agevole affrontare anche il tema del diritto agli a.r. a favore del prestatore di assistenza. Muovendo dalla considerazione che l'a.r. ha la funzione di consentire il godimento dei diritti su base di eguaglianza (v. sopra §1), e che esso interviene a fronte di una situazione discriminatoria quale rimedio ad essa, si deve a mio avviso concludere nel senso che esso possa costituire un trattamento dovuto laddove non sia possibile eliminare la discriminazione adottando altri comportamenti, criteri o prassi che non determinino la situazione sfavorevole. Anche in questo caso il limite dell'obbligo va individuato nel bilanciamento degli interessi in gioco, anche qui tenendo conto, oltre che dell'interesse all'occupazione, anche degli altri diritti fondamentali che sono coinvolti, secondo lo scrutinio di eguaglianza proprio del diritto antidiscriminatorio.

Aspettando il responso della Corte di giustizia, può essere utile qualche ulteriore osservazione sulle potenziali ricadute sull'ordinamento interno. Non è qui possibile fornire un quadro completo dell'evoluzione normativa che il nostro ordinamento ha subito negli anni più recenti, che ha portato al riconoscimento di numerosi diritti connessi alle esigenze di cura, incorporandoli, oltre che nella L. 104/1992, anche all'interno del Codice delle pari opportunità e nella regolamentazione di alcuni contratti di lavoro flessibili. Rinviano ad altri contributi più approfonditi¹¹¹, ci si limita qui a osservare come le specifiche misure di sostegno nel lavoro già previste dall'ordinamento possano essere considerate a.r.. Il riconoscimento legislativo, però, per quanto importante, non esaurisce il novero delle misure esigibili, non solo laddove il diritto alla flessibilità si configuri solo come priorità nell'accesso, ma anche laddove non preveda altre misure, come il cambio di orario, a cui esplicitamente fa riferimento la dir. 2019/1158.

Anche sul piano dell'individuazione del titolare dei diritti, dalla nozione di discriminazione associata emerge una platea di soggetti protetti più ampia rispetto a quella prevista dall'ordinamento italiano e ad analoga conclusione si giunge paragonando la definizione di *caregiver* nazionale con quella di cui alla dir. 2019/1158. Infatti, la normativa italiana qualifica come *caregiver* il familiare che assista una persona che non sia autosufficiente o in grado di prendersi cura da sé o che sia affetto da disabilità grave (o con bisogno di assistenza ai sensi dell'art. 3, c. 3., L. 104/1992 o dell'art. 1, c. 255, L. 205/2017)¹¹², ma vi collega solo limitati diritti di accesso a forme di lavoro flessibile, mentre la L. 104/1992 riconosce gli specifici diritti in essa stabiliti solo ai prestatori di assistenza individuati, secondo la specifica graduatoria di parentela stabilita dall'articolo 33, L. 104/1992, esclusivamente con riferimento alla situazione di handicap grave, ora sostituita da quella di bisogno di sostegno elevato o molto elevato. Solo con le modifiche introdotte alla L. 104/1992 dal d.lgs. 105/2022 è stato riconosciuto anche a favore dei prestatori di assistenza il diritto a non essere discriminati, ma questa disposizione incontra quantomeno due limiti: esso è riferito non a tutti i prestatori di assistenza ma solo a quelli di cui all'articolo 33, e non include espressamente anche il diritto agli a.r.. È invece il nuovo c. 2 bis dell'art. 25 Cpo, introdotto dalla L. 162/2021, ad ampliare il divieto di discriminazioni a una più ampia nozione di esigenze di cura, oltre che a sottolineare la sua idoneità ad incidere sulle scelte organizzative dell'impresa¹¹³. Questa innovazione ha consentito di riconoscere il diritto agli a.r. per le lavoratrici con responsabilità genitoriali sotto forma di modifica dell'orario di lavoro nel piano di rimozione della discriminazione adottato dal giudice a fronte di una discriminazione

¹¹¹ Bonardi 2022, 122.

¹¹² Sulla definizione di *caregiver* si v. Pistore 2020, 209.

¹¹³ Su cui v. Calafà 2021.

indiretta¹¹⁴. Ma la giurisprudenza di merito ha già in diverse occasioni riconosciuto il diritto a non essere discriminati a favore del *caregiver*. La Corte di Cassazione ha inoltre riconosciuto legittimo il rifiuto del *caregiver* del trasferimento e illegittimo il conseguente licenziamento da tale rifiuto determinato¹¹⁵. A sostegno dell'estensione del diritto agli a.r. a favore dei prestatori di assistenza milita inoltre la copiosa giurisprudenza costituzionale Corte costituzionale¹¹⁶ che, in linea con il parere del Crpd, ha da sempre sostenuto la funzionalizzazione dei diritti dei *caregivers* alla realizzazione dei diritti della persona assistita.

8. Conclusioni per guardare avanti: l'accomodamento ragionevole oltre la disabilità

L'analisi qui svolta ci restituisce l'immagine degli a.r. carica di potenzialità e, al contempo, ancora bisognosa di assimilazione da parte dell'ordinamento interno e, dunque, foriera di questioni giuridiche ancora in assestamento. All'origine delle problematiche e dell'esplosione del contenzioso cui abbiamo assistito negli ultimi anni, vi è indubbiamente una cultura giuridica, amministrativa e d'impresa che fatica a introiettare la prospettiva – sottesa anche, ma non solo alla nozione di a.r. – dell'adeguamento del lavoro all'uomo, soprattutto nella sua dimensione individuale. Sicché, anziché muoversi nella direzione della predisposizione di procedure di dialogo, dell'utilizzo delle risorse e delle nuove tecnologie per agevolare l'inclusione, resta bloccata sulle questioni delle certificazioni della disabilità e dell'insindacabilità delle scelte organizzative dell'impresa. Della situazione è certamente complice la scarsa attenzione del legislatore, che è stato in ritardo nel recepire le novità derivanti dalla Convenzione Onu del 2006 e dalla direttiva 2000/78/Ce e che anche nei tentativi più recenti di adeguamento, tramite la legge delega n. 227/2021 e i relativi decreti attuativi, ha cercato di incanalare una misura duttile, individualizzata e variabile nel tempo come l'a.r. in contenuti amministrativamente predeterminati stabiliti attraverso procedure rigide e dipendenti da certificazioni formali.

Certo, le difficoltà, anche in termini di inquadramento giuridico, non mancano. Si è visto che il dibattito dottrinale e giurisprudenziale oscilla tra la qualificazione del diniego di a.r. quale nuova fattispecie discriminatoria a sé stante o quale forma di discriminazione diretta o indiretta. Indubbiamente si sconta la mancanza di dottrine dell'eguaglianza sufficientemente assestate e un dibattito sulla distinzione tra eguaglianza formale e sostanziale che nel nostro Paese meriterebbe di essere rivitalizzato. Pur con tutte le incertezze che ciò implica, pare possibile considerare l'obbligo di a.r. quale declinazione del principio che impone di trattare in modo diverso situazioni diverse. Si è altresì rilevato come il rifiuto di a.r. sia qualificato dalla giurisprudenza e dal Crpd in modo diverso a seconda delle circostanze del caso e si è suggerito di considerarlo quale il mezzo con cui la posizione del disabile viene eguagliata a quella degli altri soggetti. L'a.r., da questo punto di vista, può insistere sia sulle fattispecie di discriminazione diretta, sia su quelle di discriminazione indiretta a seconda del criterio che di volta in volta crea la situazione di svantaggio a danno del disabile.

La sottolineatura da parte della dottrina dei nessi esistenti tra l'inclusione delle persone con disabilità tramite gli a.r. e gli obblighi in materia di tutela della salute e sicurezza sul lavoro ha avuto il merito di aprire prospettive di *cross-fertilisation* volte a integrare le misure di inclusione nella

¹¹⁴ Trib. Bologna 31.12.2021 e Trib. Milano 17.07.2023, entrambe nel database di Ien-Italian Equality Network.

¹¹⁵ Cass. 4.4.24, n. 13934. Nel senso dell'illegittimità del licenziamento del *caregiver* v. anche Cass. 3 novembre 2015, n. 22421.

¹¹⁶ Corte cost. 16 giugno 2005 n. 533; Corte cost. 8 maggio 2007, n. 158; Corte cost. 30 gennaio 2009, n. 19; Corte cost. 23 settembre 2016 n.213; Corte cost. 7 dicembre 2018, n. 232 e sul tema Malzani 2020, 978.

predisposizione dell'organizzazione aziendale, suggerendo la necessità di strutture più flessibili, in grado di adattarsi alle esigenze di accoglienza e di inclusione che vanno via via emergendo. Questa prospettiva non solo risponde pienamente alla necessità di superare l'approccio episodico e rimediabile con cui si affronta attualmente il tema degli a.r.: essa contribuisce anche a far emergere i nessi esistenti tra il diritto individuale del disabile e la sua dimensione collettiva. Nondimeno, essa dà conferma della legittimità dei condizionamenti che sia il dovere di sicurezza, sia l'obbligo di a.r. impongono sulla libertà delle scelte organizzative dell'impresa. Quello dei limiti entro cui queste ultime possono essere sindacate e limitate in funzione del bilanciamento con i diritti di eguaglianza e di inclusione resta, peraltro, il punto più critico, all'origine, sia pure indirettamente, dei tre rinvii pregiudiziali alla Corte di giustizia. Si auspica che la Corte possa contribuire a dare maggiori indicazioni e criteri interpretativi utili a definire le modalità con cui effettuare il bilanciamento e, tuttavia, si è avuto modo di sottolineare come gran parte di queste questioni non possano che essere risolte caso per caso, dovendosi tenere conto, oltre che delle circostanze concrete, anche del complesso quadro di equilibri risultante dalle previsioni di sicurezza sociale predisposte al livello nazionale.

Ciò determina inevitabilmente un certo grado di incertezza, che induce, da un lato, a considerare l'obbligo di a.r. come riservato solo alla categoria dei disabili, oltretutto tendenzialmente letta in modo assai restrittivo e separando i fragili e gli anziani dai disabili e, dall'altro, a sostenere l'idea che la mera adozione di procedure standardizzate possa considerarsi esaustiva dell'obbligo di adozione di a.r. Si tratta di posizioni che, come si è cercato di dimostrare con questo contributo, non sono condivisibili, per i contrasti con la Convenzione Onu che si sono ampiamente esposti. Si aggiunga qui che, com'è stato acutamente rilevato, l'interprete "ha, in linea di massima, i mezzi tecnici per (e il dovere professionale di) ricercare e oggettivare la volontà legislativa senza piegarla ad una propensione culturale e assiologica soggettiva"¹¹⁷ e come l'incertezza circa l'estensione degli obblighi si riduca notevolmente non solo adottando procedure di ascolto e dialogo, ma anche ricorrendo a tutti gli strumenti partecipativi che l'ordinamento e i migliori studi di organizzazione aziendale mettono a disposizione per individuare e per costruire il consenso sulle soluzioni da adottare. Si pensi al ruolo dei medici competenti, dei rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza e sindacali, alle indicazioni desumibili dalle linee guida e dalle procedure di collocamento mirato o a quelle derivanti dai progetti individuali di vita, al contributo che può essere fornito dagli organismi di parità e dal nuovo Garante nazionale per i diritti delle persone con disabilità istituito con il d.lgs. n. 20/2024, oltre che alle tecniche già sviluppate nell'ambito del *Diversity Management*.

La ricostruzione dell'obbligo di a.r. quale declinazione del principio di trattare in modo differente situazioni differenti, e dunque quale possibile rimedio alla presenza di una discriminazione diretta o indiretta, consente altresì di aprire prospettive interpretative utili ad affrontare la questione della sua estensibilità a fattori diversi dalla disabilità. Si è già accennato alle questioni connesse all'invecchiamento, osservando come la riduzione della capacità di lavoro ad esso connessa possa portare a situazioni riconducibili all'ampia nozione di disabilità e, dunque al diritto agli a.r., e si è altresì già osservato come nella dir. 2019/1158 sia riconosciuto un diritto alla flessibilità del lavoro, riconducibile alla nozione di a.r., a favore dei genitori e dei prestatori di assistenza.

Ma se si allarga lo sguardo oltre queste specifiche previsioni, si osserva che l'Unione europea sembra avere una posizione ambigua sulla questione. La proposta di direttiva del 2008¹¹⁸, oggetto di una

¹¹⁷ De Luca Tamajo 2023, 494.

¹¹⁸ COM (2008)426 final.

recente richiesta del Parlamento europeo di una sua approvazione¹¹⁹, propone di estendere il diritto agli a.r. oltre le condizioni di lavoro ai campi della sicurezza sociale, dell'educazione e dell'accesso a servizi e forniture, ma sempre e solo con riferimento alla disabilità; e la giurisprudenza della Corte di giustizia sul velo islamico, pur non essendosi espressa direttamente sulla questione, ha adottato una posizione che predilige la neutralità rispetto alla tutela della differenza¹²⁰. D'altra parte, numerosi riferimenti normativi, sia in materia di salute e sicurezza, sia in materia di conciliazione e di flessibilità del lavoro, letti in linea con gli obiettivi del Pilastro sociale europeo, mostrano un graduale passaggio verso il riconoscimento di un generale dovere di accomodare la diversità dei lavoratori¹²¹.

Ad avviso di chi scrive, anche *de iure condito*, il diritto agli a.r. può essere riconosciuto – a determinate condizioni – anche con riferimento agli altri fattori protetti dal diritto antidiscriminatorio. Non si tratta certo di consentire qualunque adattamento richiesto. L'obbligo può ritenersi sussistente soltanto in quanto vi sia a monte una discriminazione, diretta o indiretta, rispetto alla quale l'a.r. non costituisce il problema ma la sua soluzione¹²², anche nel senso che il mantenimento della discriminazione potrebbe generare costi e sanzioni ben più consistenti.

Una delle obiezioni all'estensione degli a.r. è costituita dalla loro natura prettamente individuale, che si giustifica in base alla considerazione che solo la disabilità implica, per la sua poliedricità, misure sartoriali¹²³. L'argomento, però, coglie nel segno solo in parte, in quanto, come si è detto, nonostante il fatto che la mancanza di un a.r. possa lasciare in una posizione di svantaggio il singolo, la discriminazione ha sempre sottesa una valenza collettiva e l'a.r. predisposto per il singolo può rivelarsi un bene collettivo. E, d'altra parte, nessuno dubita della sussistenza di una discriminazione quando questa colpisce solo un singolo individuo. Del resto, l'ordinamento europeo conosce già misure di tutela differenziate per vari gruppi, come i lavoratori giovani o le donne in gravidanza e, secondo un rapporto dell'*European Network of Legal Experts in the Non-Discrimination Field*, anche queste possono essere ricondotte a una nozione ampia di accomodamento¹²⁴.

Oltre alla natura individualizzata del bisogno che l'a.r. soddisfa, un'ulteriore obiezione all'estensione è individuato nella procedura per la sua definizione, che costituisce parte dell'obbligo e che pertanto non sarebbe estensibile oltre i confini della disabilità. Ma nemmeno questo argomento convince, perché il dialogo è comunque parte essenziale non solo di qualunque modello organizzativo che aspiri al benessere dei lavoratori ma anche di quel processo di individuazione dei fattori di rischio presenti sul lavoro e dell'obbligo di adattare il lavoro all'uomo (v. § 4). Inoltre, esso ben può essere ricondotto agli obblighi di correttezza e buona fede, se intesi come tramite di ingresso dei valori dell'ordinamento e dei diritti fondamentali all'interno del rapporto di lavoro. *Last but not least*, esso si pone in linea di continuità con l'evoluzione che il principio di eguaglianza ha avuto grazie ai più recenti contributi dottrinali (v. § 3). Non per caso, infatti, Marzia Barbera, all'indomani dell'introduzione dell'obbligo di a.r., si domandava per quanto tempo la nozione di eguaglianza ad

¹¹⁹ Per una rassegna di tutte le prese di posizione delle istituzioni europee a favore dell'approvazione della proposta si v. il *Report* pubblicato in *Legislative Train 05.2024 Anti-discrimination Directive*, in <https://www.europarl.europa.eu/legislative-train/carriage/anti-discrimination-directive/report?sid=8101>, cons. il 18.06.2024.

¹²⁰ Cgue 13.10.2022, C-344/20, L.f., Lo Faro 2024, 26.

¹²¹ Bell 2018, 138.

¹²² Bell 2018, 131.

¹²³ Bribosia, Rorive 2013, 38.

¹²⁴ Bribosia, Rorive 2013, 40.

esso sottesa, più vicina a quella sostanziale che a quella formale, potesse restare confinata a solo uno dei gruppi sociali destinatari del diritto antidiscriminatorio¹²⁵.

Certamente l'obiezione più rilevante è quella che attiene ai costi, soprattutto organizzativi, che deriverebbero dalla necessità di accomodare le esigenze dei più variegati gruppi in tanti diversi aspetti del lavoro, dalla predisposizione delle date di concorsi e selezioni, al diritto a giorni di permesso per le diverse esigenze, alla predisposizione di diversi menu nei servizi mensa, fino alla definizione di diversi orari e ritmi di lavoro per diversi gruppi di lavoratori. Si tratta indubbiamente dell'obiezione più seria, ma che non può portare ad escludere a priori la sussistenza dell'obbligo di accomodare queste esigenze. La questione deve essere invece collocata e affrontata nel suo giusto contesto, tenendo conto anche della sostenibilità del costo per l'impresa, che rimane il limite oltre il quale le pretese non possono spingersi. Proprio da questo punto di vista però, si è sottolineato che laddove vengano in gioco esigenze di tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori, gli a.r. possono essere ricondotti al dovere di protezione del datore di lavoro, declinato secondo il principio dell'adattamento del lavoro all'uomo ed espressione del dovere di tenere conto delle capacità dei lavoratori nell'assegnazione dei compiti. È il caso, ad esempio, della richiesta del lavoratore di alleggerimento dei ritmi di lavoro o dello spostamento di mansioni motivata oltre che da una eventuale inidoneità sopravvenuta, anche dall'esigenza di prevenire un aggravamento dei processi di riduzione delle capacità in atto a causa dell'invecchiamento. Ed è il caso della necessità di spostamento del lavoratore ad altre mansioni al fine di prevenire i rischi di infortuni che si possono realizzare in attività particolarmente pericolose durante i periodi di digiuno imposti dalla religione. Con riferimento a questo genere di obblighi, si può inoltre osservare che la valutazione dei costi soggiace al diverso criterio imposto dalla dir. 89/391: le misure di sicurezza, infatti, devono essere adottate indipendentemente da considerazioni di carattere economico.

Diversa valutazione deve essere fatta invece per accomodamenti di altro genere. Anzitutto si è osservato che l'a.r. può essere considerato una misura dovuta quando costituisce un rimedio a una discriminazione, diretta o indiretta. La conclusione però non è obbligata, nel senso che l'a.r. potrebbe non essere l'unica soluzione legittima. Come si è già osservato, se la discriminazione sussiste in quanto si applica una prassi, un criterio o un comportamento che determina una situazione meno favorevole o un particolare svantaggio per il gruppo protetto (o anche per un singolo individuo appartenente al gruppo), per evitare la discriminazione il datore di lavoro potrà decidere di adottare un criterio diverso non direttamente o indirettamente discriminatorio e, ove sussistano più alternative possibili, potrà scegliere tra la decisione di non adottare alcun criterio, quella di adottare un criterio meno svantaggioso ma ricadente nelle eccezioni alla discriminazione diretta o giustificabile in caso esso sia apparentemente neutro, o un altro criterio che non reca alcun svantaggio o un a.r..

Si prenda ancora l'esempio dell'azienda che impone ai dipendenti l'utilizzo di una uniforme. Si è osservato in proposito che, per risultare adempiente rispetto alla normativa antidiscriminatoria, il datore di lavoro non potrebbe limitarsi a consentire alle lavoratrici musulmane di indossare il velo, ma, qualora non costituisse un onere eccessivo, dovrebbe fornirlo essa stessa alle dipendenti che lo richiedessero¹²⁶. Ma anche in questo caso si tratterebbe di una soluzione non obbligata. Anzitutto, se il copricapo non è di per sé parte integrante dell'uniforme, non si dovrebbe nemmeno porre il problema, ben potendo le lavoratrici continuare a indossare il velo; qualora invece la divisa preveda

¹²⁵ Barbera 2007, 86.

¹²⁶ Marinelli, Dolazza 2022, 396.

anche un copricapo, il datore di lavoro potrebbe alternativamente decidere di eliminare il copricapo dalla divisa, di fornire copricapi differenziati secondo le richieste, o di consentire alle lavoratrici di indossare il velo anziché il copricapo.

Buona parte degli a.r. sono inoltre riconducibili agli obblighi di correttezza e buona fede, sia che li si intendano come rinvio agli standard sociali condivisi nella comunità sia, a maggior ragione, quando li si intenda come apertura ai valori costituzionali.

Fatte queste premesse, anche la questione della lievitazione dei costi che il riconoscimento dell'obbligo di a.r. oltre la disabilità può determinare non può costituire un'obiezione aprioristica; essa va piuttosto risolta nel giusto contesto dello scrutinio di eguaglianza, ovvero nella fase successiva all'individuazione dell'a.r. della valutazione della sua proporzionalità e del bilanciamento della libertà di organizzazione con i diritti del lavoratore. Detto bilanciamento, come si è già osservato, deve essere condotto secondo i criteri di scrutinio stretto imposti dalla condizione di svantaggio cui i gruppi protetti sono esposti (v. sopra §5).

Più complessa sembra invece la questione dell'incertezza che il riconoscimento della sussistenza di un obbligo di a.r. può determinare. Anche da questo punto di vista, però, anzitutto si può osservare che non qualunque accomodamento a qualsivoglia esigenza è dovuto, ma solo quello che pone fine alla discriminazione. In secondo luogo, il dialogo, che è parte essenziale dell'a.r., ma anche degli obblighi di correttezza e buona fede, sembra costituire un tassello fondamentale non solo per individuare le misure meglio accomodanti gli interessi di entrambe le parti, ma anche per gestire consensualmente i potenziali conflitti che possono insorgere.

Si può osservare certamente come una simile evoluzione del diritto stia portando ben lontani dall'immagine di un'organizzazione del lavoro standardizzata e uniformante tipica, oltre che dell'impresa fordista, anche di molti nuovi modelli organizzativi (si pensi al *Word Class Manufacturing*), ma anche laddove l'organizzazione sia strutturata in modo tale da non consentire margini di flessibilità, questo potrà rilevare o nella ponderazione della richiesta del lavoratore con i costi che dovrebbe sostenere l'impresa e, dunque, nella valutazione della proporzionalità del costo o, anche nella fase a monte, dell'esclusione della discriminazione laddove si tratti di requisiti essenziali e determinanti per lo svolgimento della prestazione. Per altro verso, il mondo del lavoro e la sua organizzazione hanno già visto l'evoluzione verso modalità di lavoro dai confini spazio-temporali molto più fluidi e tali da consentire ampie forme di conciliazione con le esigenze del lavoratore. Le nuove tecnologie, e anche la gestione algoritmica, anziché essere fonte di discriminazioni, ben potrebbero essere sfruttate per una gestione del personale nella quale facciano ingresso le richieste di accomodamento dei lavoratori.

Riferimenti bibliografici

Alessi C. (2021), *La direttiva 2019/1158/UE: alcune riflessioni su congedi di paternità e flessibilità del lavoro*, in Corti M., a cura di, *Il Pilastro europeo dei diritti sociali e il rilancio della politica sociale europea*, Vita e Pensiero, 2021, p. 29 ss.

Alessi C. (2023), *La flessibilità del lavoro per la conciliazione nella direttiva 2019/1158/UE e nel d.lgs. 30 giugno 2022 n. 105*, in *QDLM*, n. 14/2023, 85.

- Barbera M. (1991), *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Milano, Giuffrè.
- Barbera M. (2007), *Le discriminazioni basate sulla disabilità*, in Barbera M. (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Milano, Giuffrè, 77.
- Barbera M. (2019), *Principio di eguaglianza e divieti di discriminazione*, in Barbera M., Guariso A. (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, Torni, Giappichelli, p. 1.
- Barbera M., Borelli S. (2022), *Principio di eguaglianza e divieti di discriminazione*, in W.P. CSDLE, it, n. 451/22.
- Bell M. (2018), *Adapting work to the worker: The evolving Eu legal framework on accomodating worker diversity*, in *IJDL*, 18, 124.
- Belli R. (2023), *Alcune note sulla Legge delega n. 227 del 2021 che discrimina le persone disabili*, in <https://www.giustiziainsieme.it/it/diritti-umani/2960-alcune-note-sulla-legge-delega-n-227-del-2021-che-discrimina-le-persone-disabili-parte-i>
- Bellomo S. (2014), *Autonomia collettiva e clausole generali*, in *Clausole generali e diritto del lavoro. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro*, Roma, 29-30 maggio 2014, Milano, Giuffrè, p. 63.
- Bonardi O. (2012), *Oltre lo stress: i nuovi rischi e la loro valutazione globale*, in *LD*, p. 291.
- Bonardi O. (2022), *Luci e ombre della nuova legge delega sulla disabilità*, in <https://www.italianequalitynetwork.it/luci-e-ombre-della-nuova-legge-delega-sulla-disabilita/>
- Bonardi O. (2023), *Il diritto di assistere. L'implementazione nazionale delle previsioni a favore dei caregivers della direttiva 2019/1158 in materia di conciliazione*, in *QDLM*, n. 14/2023, 103.
- Bribosia E., Rorive, I (2013), *Reasonable Accommodation Beyond Disability in Europe? Report per European Network of Legal Experts in the Non-Discrimination Field*, European Commission, Luxembourg.
- Calafà L. (2021), *Il dito, la luna e altri fraintendimenti in materia di parità tra donne e uomini*, in <https://www.italianequalitynetwork.it/il-dito-la-luna-e-altri-fraintendimenti-in-materia-di-parita-tra-donne-e-uomini/>
- Campanella P. (2014), *Clausole generali e obblighi del prestatore di lavoro*, in *Clausole generali e diritto del lavoro. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro*, Roma, 29-30 maggio 2014, Milano, Giuffrè, 203.
- Cecchetti M. (2021), *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente tra rischi scongiurati, qualche virtuosità anche innovativa e molte lacune*, in *Forum QC*, n. 3/2021, 310.
- Chieragato E. (2020), *Conciliazione vita-lavoro: la nuova direttiva UE sull'equilibrio tra attività professionale e vita familiare*, in *LG*, 129.
- D'Ascola S. (2022), *Il ragionevole accomodamento nell'ordinamento comunitario e in quello nazionale. Il dovere di predisporre adeguate misure organizzative quale limite al potere di recesso datoriale*, in *VDTL*, 187.

- Dagnino E. (2023), *La tutela del lavoratore malato cronico tra diritto vivente e (mancate) risposte di sistema*, in *DRI*, 336.
- De Falco M. (2021), *L'accomodamento per i lavoratori disabili: una proposta per misurare ragionevolezza e proporzionalità attraverso l'Inail*, in *LDE*, n. 3.
- De Falco M. (2022), *Ragionando intorno alla legge delega sulla disabilità: una prospettiva giuslavoristica*, in *RCP*, n. 5, 1738.
- De Luca Tamajo R. (2023), *Le tecniche interpretative nel diritto del lavoro tra cognitivismo e bilanciamento «creativo»*, in *RIDL*, I, 483.
- Del Punta R. (1992), *La sospensione del rapporto di lavoro. Malattia, infortunio, maternità, servizio militare*, Milano, Giuffrè.
- Della Rocca G. (2024), *Determinazione del periodo di comportamento del disabile «di fatto»: contrattazione collettiva carente e giurisprudenza allo sbaraglio*, in *RIDL*, I, 127.
- Fredman S. (2022), *Discrimination law*, Oxford, Oxford University Press.
- Garofalo D. (2023), *La risoluzione del rapporto di lavoro per malattia*, in *DRI*, 357.
- Izzi D. (2005), *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Napoli, Jovene.
- Lassandari A. (2010), *Le discriminazioni nel lavoro. Nozioni, interessi, tutele*, Padova, Cedam.
- Laulom S. (2020), *La directive 2019/1158 du 20 juin 2019 sur l'équilibre entre vie professionnelle et vie privée : une nouvelle contribution européenne au droit de l'égalité entre les femmes et les hommes*, in *Semaine Sociale Lamy*, Suppl., 1888.
- Leonardi M.A. (2024) *Reasonable Accommodation for Workers with Disabilities: Analysis of the New Italian Definitions within the Multi-Level Legal System*, in *DLM Int.*, n. 193.
- Levi A. (2023), *Sostenibilità del lavoro e tutela della salute in senso dinamico: la prospettiva privilegiata delle malattie croniche*, in *DRI*, n.2, 277.
- Lo Faro A. (2024), *Identità religiose, lavoro e diritto: in difesa della neutralità*, in *LD*, 2024, 25.
- Loy G. (2009), *La disabilità nelle fonti internazionali*, in La Macchia C. (a cura di), *Disabilità e lavoro*, Roma, Ediesse, 33.
- Loy G. (2014), *Diritto del lavoro e nozioni a contenuto variabile*, in *Clausole generali e diritto del lavoro. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro*, Roma, 29-30 maggio 2014, Milano, Giuffrè, 5.
- Malzani F. (2020), *Benessere e sicurezza dei lavoratori: oltre la disabilità*, in *VTDL*, n. 4, 967.
- Maresca A. (2024), *Disabilità e licenziamento per superamento del periodo di comportamento*, in *LDE*, 2/2024.
- Marinelli F., Dolazza L. (2022), *Accomodamenti ragionevoli e discriminazioni per motivi religiosi sul luogo di lavoro*, in *DLRI*, 377.

- Mengoni L. (1986), *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in RCDP, 5.
- Militello M. (2020), *Conciliare vita e lavoro. Strategie e tecniche di regolazione*, Giappichelli, 2020.
- Nicotra I.A. (2021), *L'ingresso dell'ambiente in Costituzione, un segnale importante dopo il Covid*, in *Federalismi.it*, n. 16/2021.
- Nunin R. (2017), *L'applicazione della normativa in materia di sicurezza sul lavoro come strumento di contrasto alle discriminazioni*, in Bonardi O. (a cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile*, Roma, Ediesse, 265.
- Nunin R. (2020), *Disabilità, lavoro e principi di tutela nell'ordinamento internazionale*, in VTDL, 890.
- Pascucci P. (2023a), *L'emersione della fragilità nei meandri della normativa pandemica: nuove sfide per il sistema di prevenzione?*, in RDSS, 691.
- Pascucci P. (2023b), *Le nuove coordinate del sistema prevenzionistico*, in DSL, 2, 37.
- Pileggi A. (2024), *Tutela lavoristica versus tutela antidiscriminatoria*, in <https://aidlass.it/le-relazioni-del-xxi-congresso-nazionale-messina-2024/>
- Pistore G. (2020), *Alla ricerca di un inquadramento giuridico per il caregiver familiare*, in Del Punta R., Gottardi D., Nunin R., Tiraboschi M. (a cura di), *Salute e benessere dei lavoratori: profili giuslavoristici e di relazioni industriali*, Adapt University Press, 209.
- Riva N. (2011), *Eguaglianza delle opportunità*, Roma, Aracne ed.
- Rodotà S. (1987), *Il tempo delle clausole generali*, in RCDP, p. 709
- Romagnoli U. (1975), *Art.3, 2° comma*, in *Commentario alla costituzione diretto da G. Branca*, Bologna, Zanichelli
- Santagata De Castro R. (2022), *Sesso, genere, discriminazioni: riflessioni a più voci (Parte prima)*, in LD, n. 3, 497.
- Scarponi S. (2021), *Work-life balance fra diritto dell'UE e diritto interno*, in Aimo M., Fenoglio A., Izzi D. (a cura di), *Studi in memoria di Massimo Roccella*, Ediesse, 883.
- Smuraglia C. (1967), *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Milano, Giuffrè.
- Tarquini E. (2021), *Gli accomodamenti ex art. 3 co. 3 bis d.lgs. 216/2003: quale ragionevolezza? Nota a Cass. 6497/2021*, in <https://www.italianequalitynetwork.it/gli-accomodamenti-ex-art-3-co-3-bis-d-lgs-216-2003-quale-ragionevolezza-nota-a-cass-6497-2021/>
- Teklè T. (2024), *Un'interpretazione sistemica degli accomodamenti ragionevoli nella Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità e nei pronunciamenti del Comitato ONU come strumento di uguaglianza trasformativa e giustizia sociale*, in DSL, 139.
- Tiraboschi M. (2023), *Salute e lavoro: un binomio da ripensare. Questioni giuridiche e profili di relazioni industriali*, in DRI, n.2, p229

- Tomassetti P. (2024), *Libera iniziativa economica e diritto alla salute*, in Bonardi O. (a cura di), *Carlo Smuraglia. La vite e le opera*, MilanoUP.
- Torsello L. (2022), *I ragionevoli accomodamenti per il lavoratore disabile nella valutazione del Centro per l'impiego*, in VTDL, 209.
- Varva S. (2023), *Discriminazione per handicap e comportamento adeguato ai lavoratori con disabilità: questioni emergenti dalla recente giurisprudenza*, in RIDL, I, 531.
- Ventura L. (1984), *Il principio di eguaglianza nel diritto del lavoro*, Milano, Giuffrè.
- Verzulli V. (2024), *Disabilità, malattia cronica, fragilità: il lavoro agile come accomodamento ragionevole*, in DSL, 1,1.
- Voza R. (2024), *Eguaglianza e discriminazioni nel diritto del lavoro. Un profilo teorico*, in <https://aidlass.it/le-relazioni-del-xxi-congresso-nazionale-messina-2024/>
- Waddington L. (2011), *Time to Extend the Duty to Accommodate Beyond Disability?*, in NTM|NJCM-Bull., 185
- Xenedis R. (2021), *The Polysemy of Anti-Discrimination Law: The Interpretation Architecture of the Framework Employment Directive at the Court of Justice*, in CMLR, 1649.
- Zucaro R. (2022), *Conciliazione vita-lavoro e gender gap nella cura. L'evoluzione legislativa nel prisma del quadro normativo europeo*, in RGL, I, n. 2, 312.

A SYSTEMIC INTERPRETATION OF REASONABLE ACCOMMODATION IN THE UN CONVENTION ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES: A TOOL FOR TRANSFORMATIVE EQUALITY AND SOCIAL JUSTICE di Tzehainesh Teklè*

TABLE OF CONTENTS: 1. Introduction. 2. The right to reasonable accommodation in the context of a paradigm shift on disability, an inclusive model of equality and an extended concept of discrimination. 3. The definition of reasonable accommodation. 4. The new disability paradigm and its procedural implications. 5. Reasonable accommodation as a tool for realising the right to work. 6. Concluding remarks: A systemic interpretation of the right to reasonable accommodation. 6.1. Reasonable accommodation as a tool for transformative equality. 6.2. Reasonable accommodation as a means for the realisation of decent work and social justice. 7. References.

1. Introduction

The World Health Organisation (WHO) estimated that in 2021, approximately 1.3 billion people, representing 16 per cent of the global population, had a disability, meant as the result of “the interaction between health conditions and/or impairments that a person experiences, such as dementia, blindness or spinal cord injury, and a range of contextual factors related to different environmental and personal factors including societal attitudes, access to infrastructure, discriminatory policies, age, and gender”.¹ Disability may be present from birth or acquired throughout life and, according to a report of the International Labour Office (ILO), 785 million people with disabilities were of working age in 2012.² The number of people with disabilities has increased significantly over the last decade due to demographic and epidemiological changes, such as population growth and an increase in the number of people with non-communicable diseases who are living longer and ageing with functional limitations.³ Disability rates are also expected to increase further due to the ageing population and chronic health conditions⁴, such as diabetes, cancer, cardiovascular diseases and mental health conditions, including depression, burn-out and anxiety disorders. Already today, almost everyone experiences some form of temporary, chronic or permanent disability, partial or severe, on one or more occasions, due to an accident, illness or the ageing process.

The aforementioned estimates and forecasts highlight the urgent need to address that persons with disabilities are among the groups facing the greatest obstacles to the full enjoyment and exercise of human rights and fundamental freedoms, including the right to work and rights at work. These barriers stem from direct, indirect and systemic forms of discrimination, which in the world of work result in higher rates of unemployment, lower wages, no or fewer career advancement opportunities, reduced access to senior positions, heightened precariousness, greater presence in the informal economy, worse working conditions than people without disabilities, as well as segregation in occupations

* Adjunct Professor of International Labour Law, Faculty of Law, Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano

¹ WHO 2022, 3.

² ILO 2012, 1.

³ WHO 2022, 3.

⁴ ILO 2012,1; United Nations 2019, para. 4.

specifically intended for them. Additional factors such as gender, sex, ethnicity, age and place of residence aggravate these inequalities.⁵

One of the tools that States have equipped themselves with to address the discrimination and inequality faced by people with disabilities is reasonable accommodation, understood as the removal or mitigation of barriers that individual workers with physical, mental, intellectual or sensory impairments may encounter in accessing, advancing or remaining in employment due to the physical environment in which they work or the way work is organised. The Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD), adopted by the UN General Assembly in December 2006 and entered into force in May 2008, represents the fundamental legal reference for understanding and implementing reasonable accommodation and the associated right.

For the discipline of reasonable accommodation in the CRPD to be fully comprehended, it must be placed within the broader context of the Convention and, in particular, within the framework of the concepts of disability, equality and discrimination embedded in it. It is also crucial to look at the Convention in light of the interpretation of the UN Committee on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD Committee) resulting from the CRPD Committee's General Comments on specific provisions of the Convention, its Concluding Observations on reports presented by States Parties concerning the implementation of the Convention, and its pronouncements regarding communications submitted under the Optional Protocol to the CRPD by, or on behalf of, individuals or groups of individuals who are victims of alleged violations of the Convention's provisions.

This paper aims to examine the right to reasonable accommodation in the world of work as outlined in the CRPD, from both a substantive and procedural perspective and to argue that this right can only be correctly implemented i) by adhering to the concepts of disability, equality and discrimination as defined by the UN Convention in conjunction with its general principles, in particular those emphasizing the inherent dignity, individual autonomy and independence of persons with disabilities; ii) by understanding reasonable accommodation as a tool for the realisation not only of the right to substantive equality in the "inclusive" version proposed by the UN Convention, but also of the right to work, where work is conceived as "freely chosen and accepted".

The paper concludes by suggesting a systemic reading of the CRPD in two ways. First, it argues that reasonable accommodation should be conceived as part of the overall system of measures envisaged by the CRPD and implemented in synergy with them, thus reflecting the approach that equality must be transformative in order to be truly inclusive of human diversity. Secondly, it proposes that the CRPD, as well as the entire system of international human rights law, should be read in conjunction with the international labour law system. From this systemic reading of international law follows that the CRPD's concept of work is to be understood according to the International Labour Organisation's (ILO) paradigm of "decent work", and that reasonable accommodation is therefore an instrument of social justice. The link between reasonable accommodation, transformative equality and social justice has not only conceptual but also substantive and procedural implications.

2. The right to reasonable accommodation in the context of a paradigm shift on disability, an inclusive model of equality and an extended concept of discrimination

⁵ See Committee on the Rights of People with Disabilities (CRPD Committee) 2022.

Reasonable accommodations should be examined in light of - on the one hand - the paradigm shift introduced by the Convention with respect to previous national and international legal instruments on how to conceive of disability and - on the other - the evolution of the concepts of equality and discrimination resulting from the Convention.

The CRPD's model of disability encompasses two interconnected dimensions: social and human rights. With respect to the former, the Convention has marked the shift from a medical conception of disability to a social or, more precisely, social-contextual one.⁶ The impairment, which is the only relevant element in the medical approach, remains a constitutive element of the concept of disability, but only when considered in relation to the environment. Disability, therefore, is to be understood as a "relational" concept.⁷ In other words, it is not an "objective" condition (determined on the basis of medical criteria or functional capacities), but - drawing on the CRPD's definition of persons with disabilities - it is the outcome of the interaction between "long-term physical, mental, intellectual or sensory impairments" and "various barriers" (social, attitudinal or environmental) that "may hinder their [persons with disabilities'] full and effective participation in society on an equal basis with others" (art. 1).

The second dimension of the CRPD's model of disability is precisely human rights. The parameters of the human rights model are outlined by the UN Committee on the Rights of Persons with Disabilities in its General Comment No. 6.⁸ The abandonment of the medical model of disability implies not reducing persons with disabilities to their medical conditions or functional capacities and not conceiving them as mere objects of care and, possibly, charity. It also means rejecting the ableist view whereby only the possession of certain characteristics of body and mind are essential for living a life of value.⁹ Abandoning the medical and charity models involves being guided by the CRPD's general principle of "[r]espect for difference and acceptance of persons with disabilities as part of human diversity and humanity" (art. 3(d)). Physical, mental, intellectual or sensory impairments are only some of the many possible traits that contribute to the complex identities of all human beings and do not represent a deviation from a standardised supposed normality. Persons with disabilities are therefore first and foremost subjects with rights.

As a consequence, the right to equality becomes a constitutive element of the notion of disability. Disability arises because the above-mentioned interaction denies persons with impairments the right to equality in the enjoyment and exercise of all human rights, including those pertaining to work, and to full and effective participation in social life.

Given the link between disability and the right to equality, the rationale, meaning and implications of the provisions on reasonable accommodation can be fully grasped, only if the Convention's conception of equality is understood too. This is 'inclusive' equality, which is an elaborated and extended version of the substantive model of equality, based on acknowledging differences, addressing indirect and structural discrimination and considering power relations.¹⁰ The CRPD Committee describes the inclusive model of equality as encompassing four dimensions:

⁶ Broderick 2015, 77 cited in Waddington and Broderick 2018, 37.

⁷ Waddington and Priestley 2021, 2.

⁸ CRPD Committee 2018.

⁹ United Nations 2020, para. 9.

¹⁰ CRPD Committee 2018, paras. 10-11.

- (a) a fair redistributive dimension to address socioeconomic disadvantages;
- (b) a recognition dimension to combat stigma, stereotyping, prejudice and violence and to recognize the dignity of human beings and their intersectionality;
- (c) a participative dimension to reaffirm the social nature of people as members of social groups and the full recognition of humanity through inclusion in society; and
- (d) an accommodating dimension to make space for difference as a matter of human dignity.¹¹

In this model, States Parties must adopt policies to redistribute material resources (e.g. with regard to employment and education), dismantle stereotypes, stigma and prejudice, prevent and redress violence, affirm the dignity and equal worth of persons with disabilities, ensure that they are involved in all decisions that affect them and participate in the life and institutions of the society of which they are members, including through reasonable accommodation.

Within the CRPD framework, reasonable accommodation must therefore be conceived in relation to equality of opportunity and non-discrimination, which are, in turn, both principles (art. 3) and rights (art. 5), as well as means for interpreting the other principles and rights set forth in the Convention.¹² This is further reflected in the definition of discrimination provided in art. 2 of the CRPD, which states that discrimination consists in: “any distinction, exclusion or restriction on the basis of disability which has the purpose or effect of impairing or nullifying the recognition, enjoyment or exercise, on an equal basis with others, of all human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural, civil or any other field. It includes all forms of discrimination, including denial of reasonable accommodation”.

This provision introduces two significant elements compared to the definitions of discrimination found in other international human rights treaties. First, it explicitly indicates how the CRPD covers all forms of discrimination, thus entailing protection for persons with disabilities from both direct and indirect discrimination, harassment as well as multiple and intersectional discrimination.¹³ In addition, acknowledging that women and girls with disabilities face heightened risks of discrimination compared to men and boys with disabilities and women and girls without disabilities, art. 6 stipulates that States must recognise multiple discrimination against women and girls with disabilities and take the necessary measures for women’s empowerment and full enjoyment and exercise of human rights. This provision operates transversally to the others contained in the Convention.¹⁴

Another fundamental new element is the inclusion in art. 2 of the denial of reasonable accommodation as a distinct form of discrimination.¹⁵ It can, however, interconnect with multiple and intersectional discrimination, and discrimination by association, as shown further.

Persons protected from disability discrimination are not only persons who currently have a disability, have had one in the past, have a disposition to develop one in the future, or are presumed to have a

¹¹ *Ibidem*, para. 11.

¹² *Ibidem*, para. 12.

¹³ See *Ibidem*, para. 19 and CRPD Committee 2022, para. 22.

¹⁴ CRPD Committee 2016, para. 12.

¹⁵ On the usefulness of having denial of reasonable accommodation as a form of discrimination distinct from both direct and indirect discrimination, see Waddington 2011, 188 ff.; Waddington and Hendriks 2002, 423 ff..

disability, but are also members of the family of a person with a disability or people otherwise associated with that person, who are the victims of discrimination due to this relationship and that discrimination has a direct or indirect impact on the life of the person with a disability. Discrimination in this case is qualified as discrimination by association.¹⁶ In the *Bellini et al. v. Italy* case,¹⁷ concerning employment discrimination, the CRPD Committee explained the rationale behind the provision of discrimination by association. While noting that the CRPD does not confer rights to family caregivers, it acknowledged that there are situations in which “the rights of persons with disabilities cannot be realized without the protection of family caregivers”.¹⁸ It therefore reaffirmed the position adopted in its General Comment No. 6, underlying that the reason for incorporating the concept of “discrimination by association” in the Convention “is to eradicate and combat *all* discriminatory situations and/or discriminatory conducts that are linked to disability”¹⁹ (emphasis added). Given the prevalence of women among family caregivers, discrimination by association resulting from the denial of reasonable accommodation can also take the form of multiple discrimination. Such situation can, for instance, occur in the case of an employer’s refusal of an adjustment of working hours requested by an employee who is the mother of a child with a disability, and such refusal is based on prejudice that a woman with family responsibilities (despite the accommodation, or even more so if accorded an accommodation) may be less committed to her work.

3. The definition of reasonable accommodation

The definition of reasonable accommodation is contained in art. 2 of the CRPD, which states that it consists of “necessary and appropriate modification and adjustments not imposing a disproportionate or undue burden, where needed in a particular case, to ensure to persons with disabilities the enjoyment or exercise on an equal basis with others of all human rights and fundamental freedoms”.

This definition covers various aspects. It spells out what the purpose of reasonable accommodation is, what it consists of, who it is designed for, what duties are attached to it and what the conditions for its implementation are.

The purpose of reasonable accommodation can be drawn from the confirmation that its denial is a form of discrimination based on disability. Thus, reasonable accommodation is “an intrinsic part of the immediately applicable duty of non-discrimination in the context of disability”,²⁰ with its primary objective being the achievement of equality in the enjoyment and exercise of all human rights and fundamental freedoms.

The content of reasonable accommodation has a broad scope, considering the range of barriers and conditions that people with disabilities may experience. In the world of work, barriers may relate to the physical work environment (e.g., workstations); policies applied in the workplace (e.g., working hours); employers and colleagues’ attitudes (e.g. stereotypes regarding the reliability of workers with care responsibilities). Thus, accommodations may consist of adapting work equipment for workers with sensory impairments (e.g., providing a visually impaired worker with a software that enables them to work with electronic documents and correspondence); allowing work from home; providing

¹⁶ CRPD Committee 2018, para. 20.

¹⁷ CRPD Committee, *Bellini et al. v. Italy*, CRPD/C/27/D/51/2018.

¹⁸ *Ibidem*, para. 6.8.

¹⁹ CRPD Committee 2018, para. 20.

²⁰ *Ibidem*, para. 23 referring to UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR) 1994, para. 15.

flexible working hours or reorganising activities (e.g. in the case of a worker caring for a family member with a disability); reassigning the worker with a disability to other tasks (e.g. in the case of a person with a chronic condition);²¹ providing support staff (e.g. the presence of a sign language interpreter at meetings); providing regular one-to-one meetings to review the work schedule (e.g. in the case of a worker with anxiety disorders); establishing mentorship or specific training programmes (e.g. for workers with intellectual disabilities).²² A typical example of a reasonable accommodation that prevents intersectional discrimination is the provision of an accessible facility in the workplace where a disabled woman can breastfeed.²³

The definition also clarifies that reasonable accommodation is a response to the needs of specific individuals with disabilities. On this point, it must be emphasised that the UN Convention does not provide a definition of disability and the definition of persons with disabilities remains open.²⁴ What matters is the existence of barriers interacting with ‘impairments’ that hinder persons with disabilities from the full enjoyment and exercise of human rights on an equal footing with other members of society.

The holders of the right to reasonable accommodation in the world of work are persons with temporary or permanent disabilities, whether pre-existing to an employment relationship or subsequent (regardless of whether the disability is linked to the employment), persons with a disability that does not exist but is based on false assumptions and prejudices about an individual’s abilities, and persons who have caring responsibilities for a person with a disability.

The bearers of the duty to provide reasonable accommodation are not only public but also private entities. This derives from the combined reading of art. 5 of the CRPD, which prohibits *de jure* or *de facto* discrimination (including the denial of reasonable accommodation) in any field regulated and protected by public authority, and art. 4(1)(e), which requires States Parties to “take all appropriate measures to eliminate discrimination on the basis of disability by any person, organization or private enterprise”.

The State is called upon to play a key role in ensuring reasonable accommodation. According to art. 5(3), the State must “take all appropriate steps to ensure that reasonable accommodation is provided” and the CRPD Committee has emphasised the importance for the State to prohibit discrimination on the basis of disability by law and to expressly provide that the violation of the duty to provide reasonable accommodation (including by private parties) constitutes a distinct form of discrimination.²⁵ The CRPD Committee has also pointed out that States’ obligation to eliminate discrimination against individuals or groups of individuals with disabilities and the duty to provide reasonable accommodation ex art. 5(3) of the CRPD are of an immediate nature and not subject to progressive realisation.²⁶

²¹ See in this regard the ILO Recommendation on HIV/AIDS, 2010 (No. 200), para. 13. This states that “[p]ersons with HIV-related illness should not be denied the possibility of continuing to carry out their work, with reasonable accommodation if necessary, for as long as they are medically fit to do so”.

²² See ILO 2016 and CRPD Committee 2022, para. 19.

²³ CRPD Committee 2016, para. 15.

²⁴ Lawson 2018.

²⁵ CRPD Committee 2018, paras. 67(d) and 73(c).

²⁶ CRPD Committee 2017, para. 46.

Finally, art. 2 establishes the constitutive elements of reasonable accommodation are reasonableness and the absence of a disproportionate or excessive burden on the duty-bearer. The CRPD Committee has explained how the concept of reasonableness refers to the relevance, appropriateness and effectiveness for the person with a disability of the measures taken to achieve their purpose, which is to mitigate or remove obstacles that prevent persons with disabilities (and persons with care responsibilities) from fully enjoying human rights and fundamental freedoms and, therefore, accessing employment, continuing to work and advancing in their careers without discrimination. This means that reasonable accommodation should be tailored to the specific needs of the persons concerned as determined by the obstacles they face and taking into account their multifaceted identity, which may give rise to intersectional discrimination, as well as to their life circumstances and experiences (e.g. where they are in their professional career), and aspirations. For accommodations to be reasonable, therefore, the medical approach must be rejected, as it may lead to the conclusion that persons with the same diagnosis need the same accommodation. The CRPD Committee has also noted that the reasonableness of accommodation in employment relates to the essential functions of a job. For example, there would be no requirement for reasonable accommodation for a teacher with a disability with respect to accompanying students on field trips.

However, the duty of reasonable accommodation is not absolute. There is one limit. Reasonable accommodation must not constitute a disproportionate or excessive burden. Here again, it is the CRPD Committee that helps to understand the concept employed by the Convention.²⁷ The terms “disproportionate or excessive” are to be considered synonymous and signal the need for a proportionality test. There must be proportionality between the benefits of reasonable accommodation and the burden that it places on the employer. Nevertheless, the concept of burden should not be decontextualised and understood merely in economic or financial terms. The cost must be considered in light of the resources available, the size of the organisation, and the impact of the adjustment on the institution or company. The economic and financial context of the company or organisation must also be understood in its entirety. This means that the proportionality test must be performed with respect to the overall resources and not just those of a single unit or department within the organisational structure. Furthermore, in determining the available resources, the existence of actual or possible public subsidies for the implementation of the accommodation, or other advantages such as exemptions, must be examined. In this regard, it is important to note that the State has an obligation to facilitate the implementation of reasonable accommodation through the provision of not only technical but also financial assistance to both public and private employers.²⁸ Finally, the cost also includes any negative impact on other persons (workers or third parties) and reasonable health and safety requirements.

The assessment of benefits must also be broad. Not only those benefits in favour of the person with a disability requesting accommodation must be considered, but also those affecting other workers and third parties. Reasonable accommodation can in fact also be a collective or public good²⁹ where it benefits more people, even if they do not have the same disability as the right-holder or no disability at all. A further key element to be weighed in balancing costs and benefits is the advantage for the employer in retaining and attracting skills, enhancing its social reputation and becoming appealing to

²⁷ See CRPD Committee 2018, paras. 25-26.

²⁸ CRPD Committee 2022, para. 45.

²⁹ CRPD Committee 2018, para. 24 (b).

a larger and more diverse customer base thanks to that improved reputation or to the collective usability of the accommodation.

The CRPD Committee has also taken the position that the burden of proving the existence of an excessive or undue burden should rest on the duty-bearer,³⁰ thus on the employer.

4. The new disability paradigm and its procedural implications

The process by which the need for reasonable accommodation and the feasibility and content of the adjustments are assessed is extremely important to ensure that reasonable accommodation achieves the goal of removing or mitigating discriminatory barriers, with a view to realising inclusive equality. Reasonable accommodation is in fact both a substantive and a procedural duty.³¹ The procedural aspects are determined by the general principles included in art. 3 of the CRPD as well as the social and human rights model of disability that inspires the Convention.

While the CRPD is silent on the process that goes from the emergence of the need to the accordance or denial of reasonable accommodation, the CRPD Committee has developed guidelines for the implementation of the duty to provide reasonable accommodation.³² It has established that such duty is an *ex nunc* obligation, which means that it arises the moment an individual with an impairment needs it in a given situation. This corresponds either to the moment a request from a person with a disability or their representatives is received, or the need becomes apparent.³³ Therefore, this duty may also arise in situations where it can be proven that the duty-holder was aware of the disability or should have been aware of the existence of a disability that might require accommodation,³⁴ using ordinary diligence.³⁵ This is particularly relevant in cases where workers may be unaware of their right to reasonable accommodation or unwilling to exert it, due for example to their employment status or the stigma and stereotypes surrounding disabilities, such as those related to mental health.

The other key procedural aspects emphasised by the CRPD Committee are the dialogue and negotiation that must take place between the person requesting the reasonable accommodation and the person to whom the request is addressed. Moreover, any justification of the denial to grant an accommodation must be based on objective criteria, analysed and communicated to the person with a disability in a timely manner.³⁶

With specific regard to the world of work, the CRPD Committee in its General Comment No. 8 has expressed the view that the existence of clear, accessible and timely procedures benefit both employees and employers.³⁷ Furthermore, in the cases *V.F.C. v. Spain*³⁸ and *M.R. i V. v. Spain*³⁹, it has emphasised that the procedure must be “cooperative” and “interactive”, underlining that it must be aimed at establishing the best possible balance between the needs of the worker and those of the employer.

³⁰ *Ibidem*, para. 26(g).

³¹ ILO 2016, 38.

³² See CRPD Committee 2018, para. 26.

³³ CRPD Committee 2022, para. 19.

³⁴ CRPD Committee 2018, para. 24 (b).

³⁵ Ferri 2018, 43.

³⁶ CRPD Committee 2018, para. 27.

³⁷ CRPD Committee 2022, para. 45.

³⁸ CRPD Committee, *V.F.C. v. Spain*, CRPD/C/21/D/34/2015, para. 8.7.

³⁹ CRPD Committee, *M.R. i V. v. Spain*, CRPD/C/26/D/48/2018, para. 7.6.

The centrality of dialogue and negotiation between the concerned worker and the employer is based on two grounds. First, persons with disabilities are the ones who know best the barriers that impact on their right to equality and non-discrimination and their needs. Second, the rejection of the medical-charitable model and the ableist view of disability, together with the adoption of a human rights-based model. These require that persons with disabilities are not passive recipients but builders of reasonable accommodation with the duty-bearers who have a duty to provide it in respect of the “inherent dignity, individual autonomy including the freedom to make one's own choices, and independence of persons” that are among the general principles⁴⁰ on which the CRPD is based. These two interconnected grounds confirm that there can be no standardised accommodation. Although the CRPD does not specify how disability assessment should be carried out, it does offer sufficient elements to assert that it should reflect a ‘social-contextual’ approach to disability. The focus of the assessment must be on the ‘disabling’ barriers that stand between a person and the rights, which she or he should be able to exercise or enjoy on an equal basis with others, and their removal. Two cases brought before the CRPD Committee exemplify this approach.

In *S.C. v. Brazil*, the CRPD Committee explained how an illness can evolve into a disability, noting, however, that for this to happen it is not sufficient to register a difference in degree, since an essential element is the presence of barriers that interact with it. In particular, the Committee noted that “[a] health impairment which initially is conceived of as illness can develop into an impairment in the context of disability as a consequence of its duration or its chronicity. A human rights-based model of disability requires the diversity of persons with disabilities to be taken into account [...] together with the interaction between individuals with impairments and attitudinal and environmental barriers”.⁴¹ In *M.N.R. i V. v. Spain* the CRPD Committee not only found that a “genuine dialogue” between worker and employer had not taken place, but also considered that the assessment made should be revisited, as the rejection of the accommodation proposed by the worker was based solely on a medical report and therefore on a ‘subjective’ assessment, i.e. not assessing in detail the work context in which the worker could have been placed, and not considering that the purpose of reasonable accommodation was to guarantee a right, specifically the right to continuance of employment, under art. 27(1)(a) of the CRPD, in a balancing exercise between the needs of the employer and the needs, aspirations and preferences of workers with disabilities. In the latter regard, of absolute importance it is also the principle that the employer must implement the employee’s preferred solution unless this represents an excessive burden. If so, the employer has two alternatives: either apply another solution identified with the disabled person that does not impose such a burden, or implement the employee’s preferred solution to the extent possible while avoiding the disproportionate burden.⁴² This confirms that the dialogue based on a cooperative approach, while taking due account of the requirement to avoid a disproportionate cost to the employer, has as its fundamental objective to find solutions that effectively remove or mitigate the barriers faced by persons with disabilities in exercising their rights.

Dialogue should not be confined to the concerned worker with disability and her or his employer. The right to reasonable accommodation should be subject of dialogue involving social partners. The CRPD Committee has taken the position that collective bargaining agreements, when specifying

⁴⁰ See Convention on the Rights of Persons with Disabilities, art. 3(a).

⁴¹ CRPD Committee, *S.C. v. Brazil*, CRPD/C/12/D/10/2013, para. 6.3.

⁴² CRPD Committee 2022, para. 45(b).

terms and conditions of employment, must provide a mechanism for employees to request a reasonable accommodation.⁴³ However, dialogue between employers and trade union representatives and collective bargaining can play an even more ambitious role. They can help define the procedures for implementing the right to reasonable accommodation and also provide ways to balance the rights of persons with disabilities not only with the interests of employers but also of other employees, and to dispel any misconceptions about the negative repercussions of accommodations for those who do not benefit from them.

5. Reasonable accommodation as a tool for realising the right to work

Reasonable accommodation in employment represents a junction between art. 27 on “Work and Employment” and art. 5 on “Equality and non-discrimination”, as the realisation of equality and non-discrimination is one of the fundamental obligations of art. 27(1), which are incumbent on both public and private actors.⁴⁴ Art. 27(1) requires States Parties to recognise “the right of persons with disabilities to work, *on an equal basis with others*; this includes the right to the opportunity to gain a living by work freely chosen or accepted in a labour market and work environment that is open, inclusive and accessible to persons with disabilities” (emphasis added). This provision is modelled on art. 6(1) of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (1966), according to which “[t]he States Parties to the present Covenant recognize the right to work, which includes the right of everyone to the opportunity to gain his living by work which he freely chooses or accepts [...]”.

In line with this right, States Parties to the CRPD have an obligation to “safeguard and promote the realization of the right to work” (art. 27(1)) by ensuring, *inter alia*, “that reasonable accommodation is provided to persons with disabilities in the workplace” (art. 27(1)(i)). As noted above, this latter duty, which also follows from art. 5(3), is of immediate application⁴⁵ and it implies the express recognition by the State that that denial of reasonable accommodation is a form of discrimination.⁴⁶ The CRPD Committee has also clarified that this obligation includes training concerning the employment of persons with disabilities addressed to employers, trade unions and competent authorities.⁴⁷ As mentioned above, the State also has an obligation to ensure the supply of technical and financial assistance to both public and private employers so that they have the means to provide reasonable accommodation.

Thus, it is clear from art. 27 that reasonable accommodation is conceived by the CRPD as an essential instrument to enable persons with disabilities to access, on an equal basis with others, the right to work. It is therefore crucial to understand the conception of this right in the CRPD to complete the analysis of reasonable accommodation in employment.

First of all, CRPD Committee’s General Comment No. 8, referring to General Comment No. 18 of the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR),⁴⁸ has defined the right to work as a fundamental right, an inseparable and inherent part of human dignity that contributes not only to the survival of individuals and to that of their family but, when work is freely chosen or

⁴³ *Ibidem*, para. 34.

⁴⁴ *Ibidem*, para. 16.

⁴⁵ CRPD Committee 2022, para. 64).

⁴⁶ CRPD Committee 2022, para. 64(d) and CRPD Committee 2018, para. 67(d).

⁴⁷ CRPD Committee 2018, para. 67(h).

⁴⁸ Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR) 2006.

accepted, also to their development and recognition within the community.⁴⁹ Therefore, accessing the right to work is an indispensable condition for living and developing in dignity as human beings having needs and aspirations.

Art. 27(1) of the CRPD also advocates a vision of what work to which everyone is entitled is, which is ‘work freely chosen or accepted’. As a consequence, the so-called “sheltered employment”, i.e., carried out in separate facilities, either in a separate business or a dedicated part of an enterprise⁵⁰, is not compatible with the CRPD because it does not guarantee the right to freely chosen or accepted employment⁵¹ and to an open, inclusive and accessible labour market and work environment, but is rather a form of segregated employment.⁵² The CRPD Committee has also asserted that work should be “meaningful”⁵³ specifying, as the CESCRC had previously done in its General Comments nos. 5⁵⁴ and 18,⁵⁵ that confining persons with disabilities to certain occupations or to the production of certain goods is not.⁵⁶ However, these situations are different from employment initiatives managed and led by persons with disabilities insofar as they guarantee fair and favourable working conditions on an equal footing with others.⁵⁷

The scope of the right to work without disability discrimination is broad. According to art. 27(1) of the CRPD and the CRPD Committee’s pronouncements,⁵⁸ it covers the whole employment cycle, including the recruitment process and conditions; employment; continuity in employment; training; career advancement; job search and application; leaving work; safety and hygiene conditions at work. Thus, right-holders are not only persons in an employment relationship but also, for example, job applicants and persons in training.

In the case of the recruitment and hiring process, reasonable accommodations may concern the format in which information about the job is provided; the format of the job application form, any tests or assessments; the way written assessments or interviews are made, including their location and timing. If the candidate suitable for the position is not able to perform all the tasks associated with it, the accommodation may consist of redistributing the non-core functions.⁵⁹ Reasonable accommodations may also consist in enabling continuity of employment in the event that an employee returns to work after the an illness, accident or injury that impacts on their ability to perform the job tasks prior to these events.⁶⁰ In such cases, accommodations may relate to the time and place of work (e.g. allowing

⁴⁹ CRPD Committee 2022, para. 2.

⁵⁰ ILO 2020, para. 767.

⁵¹ See also CESCRC 1994, para. 21.

⁵² See CRPD Committee 2022, para. 3 and, also, CESCRC 2016, para. 47(c).

⁵³ CRPD Committee 2022, para. 3.

⁵⁴ CESCRC 1994, para. 20.

⁵⁵ *Ibidem* 2006, para. 17.

⁵⁶ A more nuanced position is taken by the ILO Vocational Rehabilitation and Employment (Disabled Persons) Recommendation, 1983 (No. 168). This aims to promote the employment of persons with disabilities in the open labour market (like the Vocational Rehabilitation and Employment (Disabled Persons) Convention, 1983 (No. 159) which it complements). Recommendation No. 168 suggests that the State should both support the creation of various types of sheltered employment for persons with disabilities “for whom access to open employment is not practicable” (para. 11(b)), and help prepare them, where possible, to enter unsheltered employment (para. 11(c)).

⁵⁷ CRPD Committee 2022, para. 15.

⁵⁸ CRPD Committee 2022, para. 16.

⁵⁹ ILO 2016, 44.

⁶⁰ The ILO Recommendation on HIV/AIDS, 2010 (No. 200) states that measures should be encouraged to re-employ people with HIV-related illnesses into work reasonably suited to their abilities, to find other work through training or to facilitate their return to work (para. 13).

flexible hours or work from home); tasks (providing for assignment to new tasks); or organising a gradual return to work.

6. Concluding remarks: A systemic interpretation of the right to reasonable accommodation

The effectiveness of reasonable accommodation as a tool for both combatting discrimination and realising the right to work of persons with disabilities can be strengthened by adopting a systemic interpretation under two perspectives: i) viewing reasonable accommodation not only as a standalone dimension of the equality model embedded in the CRPD, but as one that operates in synergy with the other dimensions; 2) reading the CRPD in conjunction with other international law instruments, in particular international labour law.

6.1. Reasonable accommodation as tool for transformative equality

The right to reasonable accommodation is a ‘gateway’⁶¹ for persons with disabilities to all human (civil, political, economic, social and cultural) rights, and to full and effective participation in society on an equal basis with others.

However, the CRPD does not rely solely on reasonable accommodation to guarantee the right to equality of persons with disabilities. As seen above, among the various innovations introduced by the UN Convention, there is the proposition of a multidimensional vision of equality defined as inclusive. Beyond reasonable accommodation, this encompasses recognition, participation and redistribution dimensions. Reasonable accommodations must, therefore, be part of a strategy and policies that include all dimensions of that model of equality. These dimensions must not only co-exist but be conceived as synergistic. This means that they are mutually reinforcing and that a failure to achieve one can harm the realisation or effectiveness of the others. This means, for example, that the provision and implementation of the right of reasonable accommodation require a strategy and policies to combat prejudices against persons with disability at the State and corporate level, because otherwise reasonable accommodation may increase the stigma against them. It also means that reasonable accommodation-related processes must not only ensure the participation of workers with disabilities, but also fit into a broader labour and social context in which people with disabilities are present, visible and heard in the various institutions, including trade unions. This, among other things, can foster broader understanding among other workers of what disability and reasonable accommodation are, and how reasonable accommodation is an instrument of justice for all, as argued below. Finally, the redistributive dimension is necessary to implement accommodations that may be too onerous and therefore legitimately rejected by the individual employer or realised as mere mitigation of the barriers that stand between workers with disabilities and their rights.

This synergistic vision can also help to further specify the criteria with which the effectiveness of accommodations can be assessed. In particular, the recognition dimension should lead to including in the concept of reasonableness (and thus effectiveness) the prevention and elimination of segregation, humiliation and stigma.⁶² An accommodation may eliminate, for instance, a physical barrier but it should not be considered reasonable if the person with disability concerned does not recognise it as respectful of their dignity and if it perpetuates humiliation and stigma.

⁶¹ Ferri 2018, 40-50.

⁶² De Campos Velho Martel 2011, 106.

The case *García Vara v. Mexico*⁶³ contains interesting insights into how reasonable accommodation should be included in a strategy in which it functions synergistically with other measures. The case concerned a Mexican citizen with an intellectual disability who had complained that she had been denied admission to a Bachelor of Visual Arts programme as a result of the lack of reasonable accommodation during the selection process and the State's failure to take measures to realise her right to tertiary education on an equal basis with others under the CRPD. The CRPD Committee found that the relevant Centre for the Arts, although aware of the applicant's intellectual disability, had failed to engage in dialogue with her when she had applied to determine what reasonable accommodation she needed.⁶⁴ In addition, the Mexican State had failed to take legislative, administrative and other measures, including reasonable accommodation policies and staff training of tertiary education institutions, to ensure an inclusive tertiary education. The CRPD Committee therefore found that the Centre had failed to guarantee the applicant equality with the other candidates, and that the State had violated the Convention. Although the Committee considered that the sphere affected by the case was education, it acknowledged that the discrimination occurred had an impact on the applicant's future employment opportunities. Besides recommending the Mexican State to pay compensation for the damage she had suffered, it also recommended it to establish an inclusive education system at all levels, including support measures, the provision of reasonable accommodations, adequate funding as well as training for educational personnel. It further recommended to establish complaints mechanisms and legal remedies that are independent, effective, accessible, transparent, safe and applicable to cases of violations of the right to education, to train justice officials and to adopt measures to raise awareness and challenge stereotypes, prejudices and harmful practices relating to persons with disabilities, particularly those affecting women and girls, persons with intellectual disabilities and persons with intensive support requirements.

This systemic understanding of the relationship between the individual dimensions of inclusive equality as integrated and interdependent is the one underpinning the transformative equality model,⁶⁵ which emphasises the structural context that produces disability. The barriers that determine disability are structural because the world of work is constructed as a physical environment and is governed by norms (dictated by the State and businesses, or negotiated by the social partners), practices and cultures shaped around a model of worker with standardised physical, mental, intellectual and sensory conditions. The perspective from which to look at equality must therefore be reversed. It is not persons with disabilities who must be included but rather the causes of their exclusion must be removed in order to create a society and a world of work in which no one is rejected, marginalised, devalued and penalised.

But how can systemic transformation be reconciled with the fact that reasonable accommodation taken alone does not challenge the norms, policies, practices and mentalities that mould the world of work and its institutions⁶⁶ and that underlie the systemic discrimination to which persons with

⁶³ CRPD Committee, *García Vara v. Mexico*, CRPD/C/28/D/70/2019.

⁶⁴ The UN Committee mentioned the granting of extra time and the provision of a specialised professional to ensure that the applicant correctly understood the expectations of the test as examples of reasonable accommodations that could have been implemented.

⁶⁵ See Fredman et al. 2016, 712-738; Fredman 2016, 712-738. Fredman's model talks about redressing the social and economic disadvantage; countering prejudice, stigma, stereotyping, humiliation and violence; enhancing participation; accommodating difference and achieving structural change. In contrast, there is no explicit mention of structural change in the inclusive equality model as defined by the CRPD.

⁶⁶ See also Waddington and Hendricks 2002, 414 ff.

disabilities are subjected? It is precisely the synergetic vision of the different dimensions of the transformative model of equality that enable to overcome the reductive view of reasonable accommodation. Moreover, structural change must be integrated in the inclusive model of equality. The CRPD embraces it when it provides for accessibility, which consists of access for all people with disabilities “on an equal basis with others” to “the physical environment, to transportation, to information and communications, including information and communications technologies and systems, and to other facilities and services open or provided to the public, both in urban and in rural areas” (art. 9, CRPD). Accessibility is a “pre-condition” for people with disabilities collectively understood “to live independently and participate fully and equally in society”.⁶⁷ Reasonable accommodation must be conceived in association with accessibility. In situations where accessibility has guided the design of goods, products, facilities, technologies and services to ensure full, equal and unrestricted access for all, there may be a need for reasonable accommodation. For example, in workplaces where accessibility standards have been adopted, reasonable accommodation may still be needed for people with rare impairments that were not considered when those standards were developed, or who do not use the modes, methods or means offered to achieve accessibility (e.g., do not read Braille).⁶⁸ Thus, reasonable accommodation, inserted in a transformative conceptualisation of equality, is a right that serves to respond to situations in which the interaction between the impairment and the environmental barriers are so specific that an individualised response becomes indispensable to acknowledge the dignity and diversity of each worker. In this approach reasonable accommodation can also be seen as facilitating the introduction of structural changes. For example, the CRPD Committee itself has indicated that reasonable accommodation can be a tool on the way to the progressive realisation of accessibility.⁶⁹

Reasonable accommodation can be a first step of a progressive implementation of transformative equality policy that can even benefit all workers, not just people with disabilities. This can, for example, be the case of the provision of an adjustable desk for a worker with musculoskeletal disorders which can be followed by the provision of a dedicated budget for the supply of such desks to all workers as part of an accessibility as well as occupational health and safety policy; or it can be the case of reasonable accommodation regarding working time that may lead the company to reconsider its overall organisation of working time so that it is re-configured taking into consideration the real lives of workers and not abstract models conceived as typical.

Thus, reasonable accommodation can become part of a rethinking of work by placing the person at work and dialogue between all parties concerned at its centre. By doing so, reasonable accommodation moves out of its niche of intervention where it benefits individual workers and also escapes from the associated risk of being the possible object of suspicion and stigma by other workers. The potential of the right to reasonable accommodation can be all the more exploited if, as De Campos argues, one considers that “one [of its][...] purposes is precisely to open up to review the practices, assumptions and methods that have molded our environment”.⁷⁰ Such review should also concern the working culture and its dominant principles such as competition, performance, work under pressure, productivity which contribute to some of the conditions, including mental-health conditions, that can

⁶⁷ CRPD Committee 2014, para. 1.

⁶⁸ *Ibidem*, para. 25.

⁶⁹ CRPD Committee 2018, para. 42.

⁷⁰ De Campos Velho Martel 2011, 102.

turn into disability.⁷¹ These principles are also the less conducive to a workplace ready to implement reasonable accommodation.⁷²

Viewing reasonable accommodation as part of achieving transformative equality may also affect the concept of disproportionate burden and the procedure for assessing it. In the proportionality test, benefits should also include the extent to which accommodation may be a step towards a review of workplace policies, practices or cultures that discriminate against all persons with disabilities.

The link between reasonable accommodation and the pursuit of structural change seems to be reflected in the CRPD Committee's comments regarding remedies in judicial cases concerning disability discrimination. Remedies should include not only the possibility of injunctions for the payments of damages⁷³ but also, where there is evidence of systemic discrimination, "forward-looking, non-pecuniary remedies".⁷⁴ Therefore, one could envisage that in the case of a discriminatory denial of reasonable accommodation, remedies could involve the adoption of equality plans aimed at the eradication of barriers faced by workers with disabilities.

6.2. Reasonable accommodation as a means for realising decent work and social justice

A systemic view of reasonable accommodation also involves reading the CRPD in conjunction with international labour law. First, the vision of work enshrined in art. 27(1) is expressed in words that recall those used by international labour standards adopted by the ILO. Art. 27(1) speaks of work "freely chosen or accepted", echoing the provisions of the ILO Employment Policy Convention, 1964 (No. 122), which is also cited by the CRPD Committee in its General Comment No. 8 on art. 27.⁷⁵ Convention No. 122 lays down that States must formulate and apply "an active policy designed to promote full, productive and *freely chosen* employment" (art. 1(1)) (emphasis added). In particular, such a policy "shall aim at ensuring that-(a) there is work for all who are available for and seeking work; (b) such work is as productive as possible; (c) there is *freedom of choice of employment* and the fullest possible opportunity for each worker to qualify for, and to use his skills and endowments in, a job for which he is well suited, irrespective of race, colour, sex, religion, political opinion, national extraction or social origin." (art. 1(2)) (emphasis added). This article reveals that the ILO Convention No. 122 does not only provide that everyone should access freely chosen employment but also that everyone should be put in condition to follow an educational path that enables them to carry out the work they aspire to without discrimination.⁷⁶ Furthermore, ILO Convention No. 122 establishes in its preamble a link with the right to work, as a human right, and cites the 1948 Universal Declaration of Human Rights which states that "[e]veryone has the right to work, to free choice of employment, to just and favourable conditions of work and to protection against unemployment" (art. 23(1)). Moreover, the ILO Recommendation accompanying Convention No. 122, i.e. the Employment Policy (Supplementary Provisions) Recommendation, 1984 (No. 169), makes explicit reference to the right to work by stating that the promotion of full, productive and freely chosen

⁷¹ See United Nations, 2024.

⁷² On reasonable accommodation and mental health, see Bell 2015.

⁷³ This is a position taken in many Concluding Observations, see for example, CRPD Committee, *Concluding observations on the initial report of Belgium*, UN doc. CRPD/C/BEL/CO/1, 2014, para. 12.

⁷⁴ CRPD Committee 2018, para. 22.

⁷⁵ CRPD Committee 2022, para. 13.

⁷⁶ Convention No. 122 does not mention disability as a prohibited ground of discrimination but the ILO Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (CEACR) in carrying out its mandate to supervise the implementation of the Convention considers disability-based discrimination.

employment “should be regarded as the means of achieving in practice the realisation of the right to work” (para. 1). There is thus identity of objectives between the right to work as conceived by the CRPD and international labour standards, and explicit textual connections.

Furthermore, the CRPD’s vision of work as “freely chosen and accepted” and the emphasis on the inherent dignity of persons with disabilities seem to correspond to the decent work paradigm proposed by the ILO since 1999⁷⁷ and solemnly reaffirmed in the 2008 ILO Declaration on Social Justice for a Fair Globalisation.⁷⁸ Through this declaration, ILO member states committed themselves to an integrated agenda whose inseparable, interrelated and mutually supportive strategic objectives are the promotion of employment, the guarantee of social protection, the promotion of social dialogue and the respect, promotion and realisation of fundamental principles and rights at work.⁷⁸ In the decent work agenda, gender equality and non-discrimination are fundamental rights and principles, and cross-cutting issues to the above-mentioned strategic objectives. The 2008 Declaration also emphasises that decent work means promoting employment that is aimed at both the “personal fulfilment” of individuals and the “common well-being”.⁷⁹

The decent work paradigm in turn translates the ILO’s fundamental constitutional principles that “labour is not a commodity”⁸⁰ and “all human beings, irrespective of race, creed or sex, have the right to pursue both their material well-being and their spiritual development in conditions of freedom and dignity, of economic security and equal opportunity”.⁸¹ These principles are enshrined in the Declaration Concerning the Aims and Purposes of the International Labour Organisation (known as the Declaration of Philadelphia) adopted in 1944 and part of the Constitution since 1946, and thus binding on all ILO member states. These have recently been reaffirmed by the ILO in the 2019 Centenary Declaration for the Future of Work, from which it is deduced that it is work that must be shaped by workers and these must be considered in their diversity. Indeed, the 2019 Declaration states that “[i]t is imperative to act with urgency to seize the opportunities and address the challenges to shape a fair, *inclusive* and secure future of work with full, productive and *freely chosen employment* and *decent work* for all”⁸² (emphasis added) and that the future of work must be “*human-centred*” i.e. at the centre of economic, social and environmental policies must be “workers’ rights and the needs, aspirations and rights of all people”⁸³ (emphasis added).

The right to reasonable accommodation examined in the preceding sections is in alignment with all these principles and objectives that underpin the ILO constitutional goal of social justice⁸⁴ and the related decent work agenda. Thus, this right can be seen as an expression of the principle that “labour

⁷⁷ See ILO 1999.

⁷⁸ See also ILO 1998 as amended in 2022. The 1998 Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work and its Follow-Up provides that all Members of the ILO, even if they have not ratified the conventions recognised as fundamental, have an obligation, arising from their membership of the Organisation, to respect, promote and realise, in good faith and in accordance with the Constitution, the principles concerning the fundamental rights which are the subject of those Conventions, namely freedom of association and the effective recognition of the right to collective bargaining; the elimination of all forms of forced or compulsory labour; the effective abolition of child labour; the elimination of discrimination in respect of employment and occupation; and a safe and healthy working environment.

⁷⁹ ILO 2008, I(A)(i).

⁸⁰ ILO 1944, I(A).

⁸¹ *Ibidem*, II(A).

⁸² ILO 2019, I(B).

⁸³ *Ibidem*, I(D).

⁸⁴ ILO 1919.

is not a commodity”⁸⁵ and as a tool for social justice since it values and respect the dignity, self-determination, needs and aspirations of workers with disabilities and help realise their fundamental right to equality in the enjoyment and exercise of all human rights, including the right to work. Particularly, if conceived and implemented as part of an integrated system of measures for transformative equality, it contributes to create the conditions for improving persons with disabilities’ economic security and their personal fulfilment.

The right to reasonable accommodation, therefore, is not only an instrument of individual justice,⁸⁶ but also a tool for the pursuit of social justice⁸⁷ and its full and effective realisation calls for the responsibility of all: the State as a whole, the social partners and businesses.

References

Bell M. (2015), *Mental Health at Work and the Duty to Make Reasonable Adjustments*, in *Industrial Law Journal*, Vol. 44, No. 2, pp. 194-221.

Bell M. (2018), *Adapting Work to the Worker: The Evolving EU Legal Framework on Accomodating Worker Diversity*, in *International Journal of Discrimination and Law*, Vol. 18, No. 2-3, pp. 124-143.

Bell M. (2024), *Accomodations*, in Davidov G., Langille B., Lester G. (eds.), *The Oxford Handbook of the Law of Work*, pp. 547-560, Oxford University Press.

Broderick A. (2015), *The Long and Winding Road to Equality and inclusion for Persons with Disabilities: The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, Intersentia.

Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR) (1994), *General Comment No. 5: Persons with Disabilities*, E/1995/22.

Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR) (2006), *General Comment No. 18: The Right to Work (Art. 6 of the Covenant)*, E/C.12/GC/18.

Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR) (2016), *General Comment No. 23 on the Right to Just and Favourable Conditions of Work* (article 7 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), E/C.12/GC/23.

Committee on the Rights of People with Disabilities (CRPD) (2014), *General Comment No. 2. Article 9: Accessibility*, UN Doc. CRPD/C/GC/2.

Committee on the Rights of People with Disabilities (CRPD) (2016), *General Comment No. 3 on Women and Girls with Disabilities*. UN Doc. CRPD/C/GC/3.

Committee on the Rights of People with Disabilities (CRPD) (2017), *General comment No. 5 on Living Independently and Being Included in the Community*, UN doc. CRPD/C/GC/5.

Committee on the Rights of People with Disabilities (CRPD) (2018), *General Comment No. 6 on Equality and Non-Discrimination*, UN doc. CRPD/C/GC/6.

⁸⁵ On the nexus between reasonable accommodation and the principle that “labour is not a commodity”, see also Bell 2018, 128 and Bell 2024, 547.

⁸⁶ CRPD Committee 2014, para. 26.

⁸⁷ See also ILO 2023.

Committee on the Rights of People with Disabilities (CRPD) (2022), *General Comment No. 8 on the Right of Persons with Disabilities to Work and Employment*, UN Doc. CRPD/C/GC/8.

De Campos Velho Martel L. (2011), *Reasonable Accommodation: The New Concept from an Inclusive Constitutional Perspective*, in *International Journal on Human Rights*, Vol. 8, No. 14, pp. 85-111.

Ferri D. (2018), *Reasonable Accommodation as a Gateway to the Equal Enjoyment of Human Rights: From New York to Strasbourg*, in *Social inclusion*, Vol. 6, No. 1, pp. 40-50.

Fredman S. (2016), *Substantive Equality Revisited*, in *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 14, No. 3, pp. 712-738.

Fredman S. et al. (2017), *Achieving Transformative Equality for Persons with Disabilities: Submission to the CRPD Committee for General Comment No. 6 on Article 5 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, Oxford Human Rights Hub.

ILO (1919), *Constitution of the International Labour Organisation*.

ILO (1944), *Declaration Concerning the Aims and Purposes of the International Labour Organisation* (Declaration of Philadelphia).

ILO (1998), *ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work and its Follow-up*. International Labour Conference, 86th Session, 1998 as amended at the 110th Session, 2022, Geneva.

ILO (1999), *Decent Work*. Report of the Director-General, International Labour Conference, 87th Session, Geneva.

ILO (2008), *Declaration on Social Justice for a Fair Globalisation*. International Labour Conference, 97th Session, Geneva.

ILO (2012), *Disability Inclusion*. Governing Body, 316th Session, GB.316/POL/2, Geneva.

ILO (2016), *Promoting Diversity and Inclusion through Workplace Adjustments. A Practical Guide*, Geneva.

ILO (2019), *Centenary Declaration for the Future of Work*.

ILO (2020), *Promoting Employment and Decent Work In a Changing Landscape*. International Labour Conference, 109th Session, Geneva.

ILO (2023), *Advancing Social Justice*. Report I(A), International Labour Conference, 111th Session, Geneva.

Lawson A. (2018), *United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Article-by-Article Commentary*, in Ales. E., Bell M., Deinert O., Robin-Olivier S. (eds.), *International and European Labour Law. A Commentary*, pp. 455-461, Nomos / Hart.

United Nations (2019), *Report of the Special Rapporteur on the Rights of Persons with Disabilities*. General Assembly, 74th Session, A/74/186, New York, NY.

United Nations (2020), *Rights of Persons with Disability: Report of the Special Rapporteur on the Rights of Persons with Disabilities*. Human Rights Council, 43rd session, A/HRC/43/41, New York, NY.

United Nations (2024), *Report of the Special Rapporteur on Extreme Poverty and Human Rights, Olivier De Schutter. The Burnout Economy: Poverty and Mental Health*. General Assembly, 79th Session, A/79/162, New York, NY.

Waddington L. (2011), *Reasonable Accommodation. Time to Extend the Duty to Accommodate Beyond Disability?*, in *NTM|NJCM-Bulletin*, Vol. 36, No. 2, pp. 186-198.

Waddington L. and Broderick A. (2018), *Combatting Disability Discrimination and Realising Equality - A Comparison of the UN CRPD and EU Equality and Non-Discrimination Law*, European Commission, 2018.

Waddington L. and Hendriks A. (2002), *The Expanding Concept of Employment and Discrimination In Europe: From Direct and Indirect Discrimination to Reasonable Accommodation Discrimination*, in *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Vol. 18, No. 3, pp. 403-427.

Waddington L. and Priestley M. (2021), *A Human Approach to Disability Assessment*, in *Journal of International and Comparative Social Policy*, Vol. 37, No. 1, pp. 1-15.

WHO (2022), *Global Report on Health Equity for Persons with Disabilities*, Geneva.

List of cases

CRPD Committee, *S.C. v. Brazil*, CRPD/C/12/D/10/2013.

CRPD Committee, *V.F.C. v. Spain*, CRPD/C/21/D/34/2015.

CRPD Committee, *M.R. i V. v. Spain*, CRPD/C/26/D/48/2018.

CRPD Committee, *Bellini et al. v. Italy*, CRPD/C/27/D/51/2018.

CRPD Committee, *García Vara v. Mexico*, CRPD/C/28/D/70/2019.

PER UNA PROCEDIMENTALIZZAZIONE DEGLI ACCOMODAMENTI RAGIONEVOLI di Paolo Pascucci*

SOMMARIO: 1. La fragilità nella pandemia. – 2. La lezione della vicenda della fragilità. Accomodamenti ragionevoli e prevenzione dei rischi. – 3. Un’importante lezione della Cassazione. – 4. La procedimentalizzazione degli accomodamenti ragionevoli.

1. La fragilità nella pandemia

Parlando oggi di accomodamenti ragionevoli per i lavoratori con disabilità è difficile non tener conto di quanto avvenuto in questi ultimi anni. Ci si riferisce all’emersione della fragilità durante l’emergenza pandemica e al fatto che tale concetto sia stato accreditato anche sul piano legislativo, seppure mediante la torrenziale e caotica decretazione d’urgenza messa in campo per contrastare gli effetti della pandemia¹. Con l’appellativo di “fragili” sono stati identificati quei lavoratori le cui peculiari condizioni personali di salute hanno rappresentato un elemento di aggravamento del rischio di contagio e degli effetti più gravi della malattia.

Al culmine di una complessa evoluzione normativa, in questa categoria sono stati annoverati i lavoratori affetti da varie patologie croniche con scarso compenso clinico e con particolare connotazione di gravità individuate da un decreto ministeriale del 2022, fra cui anche quelli con disabilità fisiche, sensoriali, intellettive e psichiche in condizione di gravità. A tali soggetti “fragili” è stato riconosciuto il diritto di svolgere la prestazione in modalità agile, rilevandosi da più parti come per tali soggetti anche in futuro dovrebbero essere previsti strumenti volti a garantire l’effettivo godimento del diritto al lavoro².

2. La lezione della vicenda della fragilità. Accomodamenti ragionevoli e prevenzione dei rischi

Dalla complessa vicenda della disciplina della fragilità durante la pandemia è possibile trarre un importante insegnamento. Appare infatti difficile che d’ora in poi il concetto di fragilità e ciò che esso evoca non siano finalmente presi davvero sul serio, nel senso che i fattori – come le disabilità – che concorrono a determinare le fragilità dovrebbero essere soprattutto considerati in una più ampia prospettiva sistemica di prevenzione dei maggiori rischi che essi comportano tanto per la salute quanto per la occupazione e per l’occupabilità dei lavoratori fragili. In quella che è sempre più la società del rischio³, la fragilità non può più essere oggetto di ritrosie o di considerazioni sporadiche, ma deve divenire un elemento costantemente presente nella riflessione finalizzata alla predisposizione di ambienti di lavoro volti a promuovere la salute, il benessere organizzativo e ad evitare le discriminazioni, secondo le migliori pratiche di *diversity management*⁴.

* Prof. Ordinario, Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Urbino Carlo Bo

¹ Pascucci 2023, 691 ss.

² Brollo 2022, 1 ss.

³ Beck 2000.

⁴ Turrin 2021, 24.

Gli stessi accomodamenti ragionevoli, che il datore di lavoro è tenuto ad adottare per evitare che le persone con disabilità siano discriminate, dovrebbero affrancarsi da una gestione episodica e spesso improvvisata, e divenire invece parte integrante delle politiche di prevenzione e di inclusione sia a livello macro sia a livello aziendale.

Nel primo senso – qui evidenziandosi il ruolo della contrattazione collettiva – emerge ad esempio l’impegno assunto dalle parti sociali nel Protocollo nazionale sul lavoro agile nel settore privato del 7 dicembre 2021 a facilitare l’accesso al lavoro agile per i lavoratori in condizioni di fragilità e di disabilità, anche nella prospettiva di utilizzare tale modalità di lavoro come misura di accomodamento ragionevole.

Per quanto riguarda la dimensione aziendale, l’ottica degli accomodamenti ragionevoli per le persone con disabilità non dovrebbe limitarsi ad emergere solo nel momento in cui se ne evidenzia la concreta necessità, ma dovrebbe invece essere considerata fin dalla stessa originaria predisposizione dell’organizzazione aziendale, la quale – analogamente a quanto avviene per la prevenzione dei rischi per la salute e la sicurezza sul lavoro – dovrebbe essere concepita in modo da evitare anche i rischi di discriminazione delle persone con disabilità, ed essere dunque strutturata quanto più possibile in modo elastico al fine di potersi più facilmente adattare alle esigenze di accoglienza e inclusione che emergano.

Nonostante le sue evidenti differenze rispetto ai rischi per la salute e la sicurezza che emergono nell’organizzazione del lavoro, quello della perdita del posto di lavoro cui i lavoratori con disabilità sono maggiormente esposti è pur sempre un rischio, che non può non essere considerato in termini di prevenzione. Un rischio determinato da una particolare condizione di salute del lavoratore e che, in un perverso circolo vizioso, potrebbe anche generare un’ulteriore lesione della sua salute, specie quella psichica. Infatti, considerando che il concetto di “salute” accolto nel decreto legislativo n. 81 del 2008 sottintende “un completo stato di benessere fisico, mentale e sociale, non consistente soltanto nell’assenza di una malattia o di un’infermità”, una lesione della salute intesa in questo senso olistico potrebbe derivare anche dalla perdita del lavoro, specie se discriminatoria. Questo concetto olistico di salute deve essere considerato anche con riferimento alla questione degli accomodamenti ragionevoli.

Poiché questi ultimi sono strettamente connessi all’organizzazione del datore di lavoro, così come, dal canto suo, la tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori è strettamente connessa a come il datore di lavoro predispone la propria organizzazione, non pare azzardato affermare che, mirando a tutelare la conservazione del posto di lavoro, gli accomodamenti ragionevoli mirano anche a garantire la salute in senso olistico dei lavoratori con disabilità.

È evidente che, a differenza della prevenzione dei rischi tradizionali per la salute e la sicurezza sul lavoro, che non ammette sconti per il datore di lavoro, la prevenzione sottesa agli accomodamenti ragionevoli si deve invece contemperare con gli equilibri economici dell’impresa, che non possono essere interamente soggiogati all’esigenza del lavoratore di conservare l’occupazione.

Il che, a ben guardare, non è che un riflesso dell’assetto costituzionale, nel quale se, nonostante alcune discutibili opinioni, tra la tutela della salute e l’intrapresa economica non c’è partita, viceversa tra

l'intrapresa economica e il diritto alla conservazione del lavoro si instaura un contemperamento che non può giungere ad annichilire totalmente la prima a favore del secondo.

3. Un'importante lezione della Cassazione

L'inquadramento degli accomodamenti ragionevoli in un'ottica di prevenzione del rischio consente di sottolineare un altro aspetto tutt'altro che marginale. È ben noto come, in sede di contestazione giudiziaria di un licenziamento per inidoneità fisica sopravvenuta del lavoratore derivante da una disabilità, non sia agevole per il datore di lavoro dimostrare di aver correttamente adempiuto l'obbligo di accomodamento ragionevole secondo una interpretazione conforme agli obiettivi della direttiva del Consiglio n. 78 del 2000.

La stessa Sezione lavoro della Cassazione, nella sentenza n. 6497 del 2021⁵, ha riconosciuto come, introducendo il comma 3-bis dell'articolo 3 del decreto legislativo n. 216 del 2003, il legislatore abbia scelto di trasporre nell'ordinamento interno la formula delle fonti sovranazionali affidandosi ad una nozione a contenuto variabile la cui caratteristica strutturale è proprio l'indeterminatezza, affidando all'interprete – *in primis* al datore di lavoro e in ultima istanza al giudice – il compito di individuare lo specifico contenuto dell'obbligo alla luce delle circostanze del caso concreto.

Di qui le indicazioni nomofilattiche della Cassazione secondo cui gli accomodamenti ragionevoli sono adeguamenti organizzativi – validi per ogni fase del rapporto di lavoro, dalla sua genesi fino alla sua risoluzione – che il datore di lavoro deve porre in essere al fine – come rilevato dalla Corte di giustizia – di eliminare le barriere di diversa natura che ostacolano la piena ed effettiva partecipazione delle persone disabili alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori, e dunque per garantire la parità di trattamento delle persone disabili.

Quanto al concetto di ragionevolezza, la Corte ha osservato che, se l'accomodamento è sempre irragionevole ove comporti un onere sproporzionato ed eccessivo rispetto alle dimensioni ed alle risorse finanziarie dell'impresa, non è però sempre vero il contrario, non potendosi escludere che un adeguamento organizzativo economicamente sostenibile possa essere irragionevole rispetto all'interesse di altri lavoratori eventualmente coinvolti.

Valorizzando anche il criterio della buona fede oggettiva, la Corte ritiene pertanto ragionevole ogni soluzione organizzativa praticabile che, anche alla luce dei doveri inderogabili di solidarietà sociale, tanto più pregnanti in caso di sostegno a chi versa in condizioni di svantaggio, miri a salvaguardare il posto di lavoro della persona 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.

Sul piano processuale, in caso di licenziamento per sopravvenuta inidoneità fisica o psichica del lavoratore, oltre ai tradizionali oneri probatori, sul datore di lavoro incombe anche quello relativo all'adempimento dell'obbligo di accomodamento ragionevole, anch'esso inteso come condizione di legittimità del recesso.

⁵ Cass., sez. lav., 9 marzo 2021, n. 6497, in <https://olympus.uniurb.it>, su cui v. Diamanti 2021.

Se non è quindi sufficiente allegare e provare l'inesistenza in azienda di posti in cui ricollocare il lavoratore, come nel caso di un normale *repêchage*, comunque non spetta né al lavoratore né al giudice individuare in giudizio le possibili modifiche organizzative appropriate e ragionevoli idonee a salvaguardare il posto di lavoro.

Pertanto – ed è questo il passaggio decisivo della sentenza – l'onere gravante sul datore di lavoro potrà essere assolto deducendo il 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 giudice 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.

4. La procedimentalizzazione degli accomodamenti ragionevoli

Pare a chi scrive che il modo migliore per dimostrare di aver compiuto quello sforzo diligente ed esigibile additato dalla Cassazione consista nell'adozione da parte del datore di lavoro di una opportuna procedimentalizzazione degli accomodamenti ragionevoli, come per altro verso emerge anche dalle indicazioni del Comitato incaricato di vigilare sull'applicazione della Convenzione dell'ONU del 2006 sui diritti delle persone con disabilità⁶.

Ci si riferisce in particolare alla predisposizione di un modello organizzativo aziendale fondato su di una serie di procedure predefinite e tracciabili che, secondo una concatenazione logica e consequenziale, delineino un percorso finalizzato a verificare a fondo la ragionevole fattibilità delle possibili soluzioni organizzative per tutelare l'occupazione del lavoratore con disabilità. Un percorso che, per il metodo seguito, potrebbe fornire un esito il più possibile oggettivo e dimostrare concretamente l'impegno diligente profuso dal datore di lavoro, in sintonia con i principi di correttezza e buona fede, nella ricerca della soluzione per il caso di specie.

È evidente che in questa procedimentalizzazione degli accomodamenti ragionevoli dovrebbe esserci il coinvolgimento non solo della persona con disabilità, ma anche dei vari attori dell'organizzazione aziendale: da quelli che si occupano della reingegnerizzazione dei processi aziendali e dei flussi di lavoro, a quelli preposti alla gestione del personale, non dovendosi peraltro trascurare gli stessi protagonisti del sistema di prevenzione aziendale – dal medico competente, al responsabile del servizio di prevenzione e protezione fino ai rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza – non dovendosi trascurare le possibili ricadute delle soluzioni alternative sulla salute e sicurezza del lavoratore con disabilità.

Anzi, considerando gli interessi e i valori di tutela del lavoro in gioco, i rappresentanti sindacali dovrebbero essere coinvolti direttamente nella stessa predisposizione a monte di tale modello procedimentale. Per non dire poi che, così come per altro verso avviene in relazione ai contenuti dei patti individuali di lavoro agile, spetterebbe alla contrattazione collettiva individuare le linee fondamentali di tali modelli procedimentali che poi ogni azienda implementerebbe in relazione alle proprie specificità.

⁶ Teklè 2024, 139 ss.

Questa proposta di proceduralizzare gli accomodamenti ragionevoli appare coerente con quella prospettiva di prevenzione dei rischi di discriminazione di cui si è parlato, riproponendo anche su questa materia la stessa filosofia della prevenzione organizzata adottata dal più recente diritto della salute e sicurezza sul lavoro mediante la valorizzazione dei modelli di organizzazione e di gestione evocati dall'articolo 30 del d.lgs. n. 81 del 2008⁷.

Riferimenti bibliografici

Pascucci P. (2023), *L'emersione della fragilità nei meandri della normativa pandemica: nuove sfide per il sistema di prevenzione?*, in *RDSS*, 691 ss.

Brollo M. (2022), *Fragilità e lavoro agile*, in *LDE*, 1 ss.

Beck U. (2000), *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma.

Turrin M. (2021), *La tutela dei lavoratori fragili nel diritto dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 e oltre*, in *LDE*, 2, 24.

Diamanti R. (2021), *Gli «accomodamenti ragionevoli» nel licenziamento per inidoneità sopravvenuta tra indicazioni di metodo e concrete valutazioni*, in *LDE*, 3.

Teklè T. (2024), *Un'interpretazione sistemica degli accomodamenti ragionevoli nella Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità e nei pronunciamenti del Comitato ONU come strumento di uguaglianza trasformativa e giustizia sociale*, in *DSL*, I, 2, 139 ss.

Pascucci P. (2021), *Salute e sicurezza sul lavoro, responsabilità degli enti, modelli organizzativi e gestionali*, in *RGL*, I, 537 ss.

⁷ Pascucci 2021, 537 ss.

L'AVVOCATO NEL LABIRINTO DEL PROCESSO A TUTELA DEL DISABILE di Alberto Guariso*

SOMMARIO: 1. Un processo inutilmente complicato; 2. La questione della giurisdizione; 3. La questione del rito applicabile; 4. La legittimazione attiva per le azioni collettive; 5. Accomodamenti ragionevoli e “diritti incompressibili”.

1. Un processo inutilmente complicato

Nessun diritto può definirsi tale se non è corredato da adeguati strumenti che ne garantiscano la realizzazione; e ciò vale prima di tutto per il diritto a non essere discriminati che, per molti motivi¹, rischia sempre di soffrire di una distanza eccessiva e scoraggiante tra affermazione del principio e strumenti di tutela.

Per ridurre questo rischio, il primo imperativo dovrebbe essere quello di semplificare quanto più possibile il processo, evitando che si perda in diatribe formali, per giungere il più rapidamente ed efficacemente possibile alla sostanza, che è l'accertamento della sussistenza o meno del diritto e l'adozione dei provvedimenti conseguenti: insomma, una specie di Rasoio di Occam utilizzato non per sfoltire, secondo il dettato del filosofo francescano, entità e concetti inutili, ma per sfoltire le complicazioni processuali inutili e indicare al soggetto che si ritiene leso una strada lineare ed efficace.

Ma, con buona pace di Guglielmo da Occam, le cose non vanno così; e non vanno così neppure quando è in gioco il diritto alla non discriminazione della persona disabile, perché il processo a sua tutela deve affrontare una serie di complicazioni ingiustificabili, che rischiano di ritardare (e talvolta vanificare) l'esame del merito.

Qui, a partire dalla pratica giudiziaria, si proverà a elencare tre di ordine strettamente processuale e una quarta che affonda le sue radici nelle differenti visioni della tutela antidiscriminatoria.

2. La questione della giurisdizione

Il primo problema che l'avvocato che interviene a tutela della persona disabile si trova ad affrontare è quello della giurisdizione.

Gran parte delle situazioni che ostacolano la partecipazione della persona disabile alla vita sociale e l'esercizio dei diritti fondamentali in condizioni di parità con le altre persone (questa è, come noto, la definizione di discriminazione ormai consolidata nella normativa² e nella giurisprudenza) derivano da scelte della pubblica amministrazione o di soggetti ad essa collegati: dagli ostacoli per l'accesso

* Avv. presso il Foro di Milano.

¹Per una ipotesi sui motivi che rendono così difficile la ricerca di rimedi giudiziali adeguati alla discriminazione sia consentito rinviare a Guariso, *Sanzioni e rimedi nel diritto antidiscriminatorio: rimozione, risarcimento, dissuasione*, in *RGL* 3/2024.

²Così anche la definizione di discriminazione contenuta nell'art. 2 Convenzione ONU sui diritti delle persone disabili del 12.12.2006 recepita in Italia con l. 3.3.2009 e ratificata dall'Unione Europea nel 2011. A seguito di tale ratifica, come ricorda la sentenza *HK Danmark* 11.4.2013, la Convenzione ha assunto lo stesso valore giuridico dei Trattati.

ai mezzi pubblici³, alla mancanza di un adeguato numero di ore di sostegno scolastico⁴, alla impossibilità di accedere alla cittadinanza per la difficoltà di pronunciare il giuramento⁵ e così via.

In casi di questo genere l'ordinamento, sin dal 1998, aveva scelto la strada della attribuzione della giurisdizione al giudice ordinario, dapprima con il testo originario dell'art. 44 d.lgs. 286/1998 (TU immigrazione) e poi con l'art. 28 d.lgs. 150/2011, che ha sancito l'applicazione del rito sommario di cognizione ex art. 702-bis cpc (oggi rito semplificato di cognizione ex art. 281-decies cpc) a tutti i procedimenti avverso la discriminazione (salvo quelli per la discriminazione di genere in ambito lavorativo), ivi compresi dunque i procedimenti avverso le discriminazioni per disabilità sul lavoro di cui all'art. 5 d.lgs. 216/2003 e le discriminazioni per disabilità in altri settori di cui all'art. 3, L. 67/2006.

Nonostante la chiarezza del dato normativo, sono stati sin da subito sollevati dubbi riguardanti, da un lato, il profilo della giurisdizione e, dall'altro (e soprattutto) il profilo dei poteri del giudice ordinario di ordinare alla pubblica amministrazione la correzione di atti amministrativi di cui sia accertato il carattere discriminatorio, cioè la intervenuta violazione di un obbligo di parità di trattamento.

La prima questione doveva ritenersi già risolta sin dalla sentenza Cass. n. 7186/2011, secondo la quale *“anche quando il privato gode di una posizione di interesse legittimo e non di diritto soggettivo... la tutela contro la discriminazione è assicurata secondo il modulo del diritto soggettivo”*, con conseguente giurisdizione dell'AGO.

Da allora, non vi è stato sul punto alcun *revirement*, tanto che, quando si è posto il problema della applicabilità dei medesimi principi alle materie di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ex art. 133 c. 1 cpa (rispetto ai quali, dunque, la “elevazione” dell'interesse legittimo a diritto soggettivo non aveva più rilevanza, essendo anche quest'ultimo rimesso alla giurisdizione del giudice amministrativo), la soluzione è stata la medesima. La Corte costituzionale ha dato il suo avallo a tale soluzione nella sentenza n. 44/2020, riconoscendo che il giudice ordinario rimettente (il Tribunale di Milano) aveva correttamente argomentato nel trattenere la causa presso di sé, benché la materia in esame fosse di giurisdizione esclusiva (accesso alla edilizia pubblica⁶).

La seconda questione (quella dei poteri del giudice) ha trovato una definitiva conferma – giunta, peraltro, dopo che quasi tutti i giudici di merito nazionali l'avevano anticipata – nella sentenza della Corte costituzionale n. 15/2024. Interpellata dalla Regione Friuli Venezia Giulia con un ricorso per conflitto di attribuzione, nel quale si contestava il potere del giudice ordinario di ordinare – all'esito di un giudizio antidiscriminatorio – la modifica di un regolamento regionale in materia di alloggi pubblici, la Corte ha confermato con parole chiarissime la sussistenza di tale potere, che è volto esattamente a prevenire – mediante appunto l'ordine di rimozione dell'atto – il reiterarsi della discriminazione nei confronti di una pluralità di soggetti; solo in caso di atti amministrativi meramente riproduttivi di norme di legge il giudice – a fronte di una domanda proposta da un ente

³Si veda il caso esaminato da Trib. Milano 20.11.2014 (discriminazione consistente nelle difficoltà di accesso ai mezzi pubblici).

⁴Sul punto si tornerà più ampiamente nel seguito.

⁵Sul punto si veda da ultimo l'eccezione di incostituzionalità promossa da TAR Emilia-Romagna, Parma, sez. I, ord. 30.5.2024, n. 145.

⁶ Si tratta infatti di materia rientrante nei pubblici servizi indicati appunto dall'art. 133, comma 1, lettera c) del c.p.a.; la questione è rilevante perché, come si vedrà, è analoga a quella che potrebbe porsi per il sostegno scolastico, che costituisce anch'esso pubblico servizio.

collettivo e volta a ottenere l'ordine di rimozione dell'atto – è tenuto, prima di esercitare detto potere, a sollevare l'incidente di costituzionalità.

Il quadro sembra dunque definito e, a dispetto della complessità della materia, in modo sufficientemente chiaro; vi sono però due stonature riguardanti proprio la discriminazione per disabilità.

La prima è la persistente scelta del legislatore di mantenere la giurisdizione del TAR per il personale pubblico non contrattualizzato (art. 4, ult. comma, d.lgs. 216/2003 e art 2-bis, ult. comma, L. 104/1992): il magistrato, o il poliziotto, o il dipendente della carriera prefettizia, o l'addetto al consolato, che si ritengano discriminati in ragione della disabilità, non dispongono – a differenza di tutti gli altri lavoratori discriminati – di nessun rimedio processuale specifico, e si devono affidare alla procedura ordinaria avanti al TAR. Il che è particolarmente illogico se si considera che, per la sola discriminazione di genere del personale non contrattualizzato, l'ordinamento è intervenuto prevedendo che il/la discriminato/a goda quantomeno del rito abbreviato (cfr. art. 119, c. 1, lettera m-quater c.p.a.), mentre nulla è previsto per le altre discriminazioni: come se, per l'ambito dei dipendenti pubblici, la discriminazione di genere dovesse godere di una protezione maggiore rispetto alle altre.

La seconda - e assai più - grave stonatura riguarda la materia dell'insegnamento di sostegno dei minori disabili, cioè una delle materie più delicate e importanti per la rimozione – o riduzione – degli ostacoli alla parità di trattamento.

Si è infatti consolidata una giurisprudenza secondo la quale il minore disabile può effettivamente far valere, sotto il profilo del divieto di discriminazione, il suo diritto ad avere un numero di ore di sostegno scolastico e di assistenza educativa non inferiore a quanto necessario per garantire il suo diritto paritario all'istruzione – e lo può far valere avanti il giudice ordinario con ricorso antidiscriminatorio.

Tuttavia – e questo è il punto – lo può fare solo all'esito del procedimento amministrativo volto alla individuazione del corretto numero di ore di sostegno, cioè una volta che sia redatto il PEI (piano educativo individualizzato ex art. 12, comma 5, della L. 104/1992) da parte del gruppo di lavoro handicap, nel quale concorrono le varie componenti e le varie professionalità della scuola. Prima di tale momento, la posizione del minore non assurge a diritto soggettivo, e dunque il minore gode solo di un interesse legittimo da far valere davanti al TAR⁷.

Tale ricostruzione presenta diversi punti critici. In primo luogo, perché il diritto antidiscriminatorio opera proprio laddove vi sia esercizio di poteri discrezionali, sicché l'esistenza di un tale potere nella fase antecedente la redazione del PEI non dovrebbe essere di ostacolo alla valutazione della discriminazione, e non dovrebbe essere sottratta al giudice la possibilità di valutare quale sia il livello

⁷Si veda ad es. Cass. SS.UU. 28.1.2020 n. 1870: “Questa Suprema Corte ha statuito, infatti, che le controversie concernenti la declaratoria della consistenza dell'insegnamento di sostegno afferenti alla fase che precede la redazione del PEI sono devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 133 c.p.a., comma 1, lett. c), atteso che, in tale fase, sussiste ancora, in capo all'amministrazione scolastica, il potere discrezionale, espressione dell'autonomia organizzativa e didattica, di individuazione della misura più adeguata al sostegno, il cui esercizio è precluso, invece, dalla successiva formalizzazione del piano suddetto, che determina il sorgere dell'obbligo dell'amministrazione di garantire il supporto per il numero di ore programmato ed il correlato diritto dell'alunno disabile all'istruzione come pianificata, nella sua concreta articolazione, in relazione alle specifiche necessità dell'alunno stesso (Cass., Sez. Un., n. 5060 del 28.02.2017)”. Sempre nello stesso senso si veda TAR Lombardia, Milano, sez. V, 17.4.24 n.1133 che ha affermato la propria giurisdizione in presenza solo di un PEI provvisorio, accogliendo comunque il ricorso.

di sostegno “non discriminatorio”. D'altra parte, se il giudice è ormai abilitato a valutare l'assetto organizzativo prescelto dal datore di lavoro e a controllare che non si risolva in danno di chi ha “esigenze di cura personale e familiare” (come poi meglio si dirà, con riferimento all'art. 25 CPO), non si vede perché non dovrebbe avere il potere di adottare, in caso di inerzia della PA, la valutazione di cui sopra.

In secondo luogo, perché la ricostruzione di cui si è detto è fonte di incertezza e inutili complicazioni pratiche, se solo si considera che il PEI viene redatto spesso a mesi di distanza dall'inizio dell'anno scolastico (e nel corso di tali mesi il minore godrebbe solo di una tutela “attenuata”) e che il PEI dell'anno precedente contiene anche una ipotesi di ore da attribuire nell'anno successivo, sicché non si vede davvero perché il “diritto a non essere discriminati” non possa sorgere in relazione a tale previsione di massima⁸.

In terzo luogo, perché la ricostruzione trascura l'inquadramento del sostegno scolastico come “accomodamento ragionevole” la cui omissione costituisce di per sé stessa discriminazione senza che sia necessaria una comparazione con il diritto all'istruzione degli allievi normodotati, comparazione che invece la Cassazione aveva inizialmente ritenuto sempre necessaria, forse eccedendo nella riproposizione meccanica dello schema logico della “discriminazione comparativa”⁹.

Era dunque inevitabile che in una ricostruzione così poco soddisfacente potessero trovare spazio pronunce che lasciano a dir poco perplessi, come quella di cui si dirà al par. 5.

3. La questione del rito applicabile

Una volta faticosamente superati i dubbi in tema di giurisdizione, un'altra incertezza si affaccia al lavoro del legale: quella relativa al rito applicabile.

Inizialmente, la questione non sembrava porre problemi: l'azione antidiscriminatoria promossa dalla persona disabile si propone secondo il rito ex art. 702-bis cpc (ora art. 281-decies cpc) come richiamato dall'art. 28 d.lgs. 150/2011. Tale rito si applica a tutte le discriminazioni, ad eccezione di quelle di genere nell'ambito lavorativo, che devono invece seguire il rito di cui all'art. 38 codice pari opportunità (CPO), diverso sia per struttura, sia per competenza territoriale, sia per modalità di impugnazione della decisione¹⁰.

A seguito della nota sentenza *Coleman* della Corte Giust.¹¹ e della definizione di discriminazione introdotta da detta sentenza, il rito antidiscriminatorio può trovare applicazione anche in favore del(la)

⁸E infatti il TAR Lombardia, Milano, sez., V, con sentenza 15.4.24 n. 509 ha declinato la propria giurisdizione, allorché il ricorrente chiedeva solo il riconoscimento del numero di ore ipotizzato nel PEI dell'anno precedente, confermando dunque la sussistenza di un diritto soggettivo già con l'indicazione “previsionale” dell'anno precedente.

⁹Secondo Cass. 25.11.2014 n.25011 la condotta dell'amministrazione “consiste nella mancata predisposizione delle ore di sostegno nella misura che, in sede di formulazione del PEI, era stata individuata come necessaria per l'integrazione e l'assistenza dell'alunna... impedendole di fruire, a differenza degli altri compagni normodotati, della frequenza scolastica a tempo pieno... si risolve nella contrazione del diritto del disabile alle pari opportunità, nella fruizione del servizio scolastico, la quale, ove non accompagnata dalla corrispondente riduzione dell'offerta formativa per gli alunni normodotati, concretizza discriminazione indiretta la cui repressione spetta al giudice ordinario”.

¹⁰Come noto, il rito ex art. 28 d.lgs. 150/11 prevede la competenza territoriale del domicilio del ricorrente, l'introduzione con ricorso, l'istruttoria semplificata, la decisione con sentenza impugnabile nei termini ordinari; il rito ex art. 38 CPO prevede invece la competenza davanti al giudice del lavoro del luogo ove si è verificato il comportamento discriminatorio, una fase sommaria, una decisione con decreto, una eventuale opposizione entro 15 giorni con istaurazione di un giudizio ordinario ex art. 414 e segg. Cpc.

¹¹Corte Giust. 17.7.2008, C- 303/06.

caregiver del disabile, cioè di chi subisce una discriminazione in conseguenza dei compiti di assistenza che deve svolgere nei confronti del disabile.

Fin qui, dunque, tutto chiaro. Sennonché subentra a fine 2021 (con il d.lgs. 162/2021) la modifica dell'art. 25 CPO che, letta in coordinamento con l'art. 38 CPO, prevede l'applicazione del rito proprio delle discriminazioni di genere anche in caso di modifiche organizzative dell'impresa dalle quali derivi uno svantaggio per i lavoratori che hanno “*esigenze di cura personale e familiare*”: certamente l'assistenza del disabile può rientrare nell'ambito di tali esigenze di cura familiare, come pure le esigenze di cura “personale” del disabile stesso.

Pochi mesi dopo (con il d.lgs. 105/2022) interviene anche la modifica della l. 104/1992 con l'introduzione dell'art. 2-bis, secondo il quale il rito di cui all'art. 28 d.lgs. 150/2011 trova applicazione anche nel caso di “trattamento meno favorevole” dei lavoratori che chiedono o usufruiscono dei seguenti benefici: prolungamento del periodo di congedo in caso di genitori di minore disabile (art. 33, d.lgs. 151/2001); riposi e permessi per i genitori di minori disabili (art. 42 d.lgs. 151/01); precedenza, per i genitori del minore disabile, nell'accesso allo *smart working* (art.18 comma 3 bis l. 81/2017); priorità nella trasformazione da tempo pieno a tempo parziale per il familiare di persona disabile (art. 8 d.lgs. 81/2015); “*ogni altro beneficio concesso ai lavoratori medesimi in relazione alla condizione di disabilità propria o di coloro ai quali viene prestata assistenza e cura*”.

Conclusione: una madre licenziata o demansionata a causa della continua richiesta di permessi per assistere il figlio disabile potrebbe ipotizzare di essere svantaggiata a causa di generiche “esigenze di cura familiare” e allora dovrebbe seguire il rito ex art. 38 CPO; o potrebbe ipotizzare di essere svantaggiata a motivo della fruizione “di ogni altro beneficio...” e allora dovrebbe seguire il rito ex art. 28 d. lgs 150/2011. La differenza tra le due fattispecie è impercettibile e dovrebbe quindi risultare pacifica la libertà di scelta della lavoratrice tra l'una o l'altra prospettazione, e dunque tra l'uno e l'altro rito. Certo è che la parte attrice si troverà ad affrontare l'eccezione del convenuto per il quale il rito giusto sarà sempre inevitabilmente “l'altro”: se la questione non incide sulla competenza territoriale, l'eccezione, qualora non valesse la libertà di scelta, potrà trovare soluzione abbastanza agevole nel mutamento di rito ex art. 4, comma 1, d.lgs. 150/2011 (sempreché la disciplina ivi prevista possa valere anche nel rapporto tra rito antidiscriminatorio “generale” e rito antidiscriminatorio di genere, il che non è detto), ma se la questione incide anche sulla competenza territoriale, allora ne potrà nascere il trasferimento della causa ad altra sede, con una perdita di tempo incompatibile con la rilevanza dei diritti in gioco.

4. La legittimazione attiva per le azioni collettive

La questione del rito e della norma di riferimento incide poi sulla legittimazione ad agire in giudizio dei soggetti collettivi che intendano contestare una discriminazione collettiva, ma già la definizione di “discriminazione collettiva” genera, proprio con riferimento al fattore disabilità, un primo elemento di confusione: per le discriminazioni in ambito lavorativo (d.lgs. 216/2003) si tratta della discriminazione che riguarda più soggetti “*non immediatamente e direttamente identificabili*” (il che può porre problemi quando, ad es., tutti i candidati disabili non abbiano ricevuto supporto adeguato per lo svolgimento delle prove di un piccolo concorso, perché potrebbe trattarsi di “soggetti identificabili” e dunque di discriminazione plurima, ma non collettiva); per quelle in ambito non lavorativo si tratta dei comportamenti che “assumono carattere collettivo” senza altre specificazioni (così infatti l'art. 4, co. 3, l. 67/2006).

Il motivo della (piccola) differenza è ovviamente misterioso, ma resta il fatto che l'ordinamento giuridico conosce la nozione di discriminazioni collettive, che queste hanno un regime particolare in punto di legittimazione attiva, e che la fattispecie è quella più rilevante ai fini di una tutela effettiva della collettività indeterminata dei soggetti che sono stati o che possono in futuro essere discriminati: si pensi alla disposizione organizzativa generale del datore di lavoro, all'atto amministrativo, alla norma del contratto collettivo, ma persino alla norma di legge, come nel caso esaminato da Corte Cost. 42/2024 che, a partire da un giudizio antidiscriminatorio, ha dichiarato incostituzionale ex art. 3 Cost. il requisito di due anni di residenza nella Regione per accedere a un sussidio per il minore gravemente disabile.

Non solo, dunque, la discriminazione collettiva è riconosciuta dall'ordinamento, ma è anche valorizzata. Si è già detto infatti delle solenni affermazioni contenute nella sentenza n. 15/2024 della Corte costituzionale, in ordine alla importanza di queste norme che garantiscono – attraverso la richiesta del “piano di rimozione” previsto dal co. 5 dell'art. 28 cit. – la possibilità della giurisdizione di incidere sull'esercizio dei poteri pubblici e privati, evitando il reiterarsi della discriminazione e pervenendo così ad un assetto sociale conforme ai principi di uguaglianza e non discriminazione.

A dispetto di tale importanza, l'assetto normativo in punto di legittimazione attiva nelle azioni collettive a tutela dei disabili è quanto mai disordinato e le ipotesi possibili sono addirittura tre.

Se la discriminazione viene collocata, nei casi di cui si è detto al par. 3, nell'ambito dell'art. 25 CPO, allora la legittimazione in caso di “discriminazioni di più soggetti” spetterà solo alla consigliera di parità (art. 37 CPO), organismo di nomina pubblica, di per sé non espressivo di particolari collegamenti con realtà sociali.

Se siamo di fronte a una discriminazione collettiva diretta o indiretta in ambito lavorativo, la legittimazione attiva è amplissima, spettando a tutte le organizzazioni sindacali (senza limitazioni in punto di maggiore rappresentatività) e a tutti gli enti “rappresentativi dell'interesse leso” (così l'art. 5, d.lgs. 216/2003, restando poi al giudice il compito di valutare, sulla base delle norme statutarie, se sussista o meno tale requisito).

Se, infine, si tratta di discriminazione collettiva diretta o indiretta fuori dall'ambito lavorativo, la legittimazione attiva è riservata (ai sensi dell'art. 4, ult. comma, l. 67/2006) agli enti iscritti in un apposito elenco approvato con decreto ministeriale “*sulla base della finalità statutaria e della stabilità dell'organizzazione*”.

È evidente l'assoluta illogicità, in particolare, di tale ultima differenza, non sussistendo alcun motivo per cui il controllo pubblico sugli enti abilitati all'azione in giudizio debba essere più intenso ed invasivo per le discriminazioni del disabile fuori dall'ambito lavorativo rispetto a quelle in ambito lavorativo.

5. Accomodamento ragionevole e “diritti incompressibili”

Alla luce di quanto detto, è quasi sorprendente che la giurisprudenza abbia conseguito, superando le insidie di un processo così confusamente disciplinato, gli importanti risultati descritti negli interventi di questo volume. E, sul versante opposto, non c'è da meravigliarsi che alle incertezze procedurali corrispondono incertezze di merito, talvolta di segno fortemente restrittivo.

Qui se ne vuole brevemente analizzare una, costituita dalla sentenza del Consiglio di Stato, sez. 3[^], 12.8.2024 n.7089 in materia di assistenza educativa all'alunno disabile¹², che tanto allarme ha suscitato nelle associazioni del settore. La sentenza, con improvviso *revirement* rispetto alla giurisprudenza precedente, ha affermato che il PEI non determina l'insorgenza di un diritto del minore disabile alle ore (di sostegno e di assistenza educativa) ivi indicate, ma costituisce solo una proposta rispetto alla quale la PA esercita la sua attività discrezionale, contemperando la proposta con i vincoli di bilancio.

Il passaggio di maggior rilievo, che ha riflessi anche all'infuori dell'ambito scolastico e si proietta anche in ambito lavorativo, riguarda l'utilizzo della nozione di accomodamento ragionevole, vanamente invocata dai genitori dell'alunno a sostegno del diritto a un numero di ore adeguato.

Argomentando a partire dalla definizione contenuta nell'art. 2 della Convenzione ONU, i giudici di Palazzo Spada colgono, di tale nozione, solo la parte limitatrice ("*...che non impongano un onere sproporzionato o eccessivo*"), tanto da utilizzarla a giustificazione del potere discrezionale dell'amministrazione di contemperare l'indicazione del PEI con non meglio precisate esigenze finanziarie.

Sconcerta, sul punto, la vaghezza delle modalità di bilanciamento: ammesso e non concesso che il PEI sia una mera proposta, dove, come e chi effettuerebbe la valutazione circa il carattere "eccessivo" dell'onere "*tale da mettere a rischio la copertura finanziaria di queste politiche*"¹³? La sentenza non fornisce una risposta.

La copertura finanziaria è decisa dalla stessa PA in sede di ripartizione – quella sì ampiamente discrezionale – della spesa pubblica, e dunque sarebbe sufficiente, per la PA, attribuire all'ambito in questione una spesa contenuta o anche azzerata, per poi sostenere che l'ipotizzato accomodamento ragionevole comporta un onere "sproporzionato ed eccessivo": e lo stesso CdS è talmente consapevole del fatto che una verifica ci deve pur essere, che poi finisce per farla lui stesso in un modo incredibilmente sbrigativo, rinvenendo la prova dell'onere eccessivo nel fatto che l'allievo, se pur con poche ore, "ce l'ha fatta lo stesso" (a tal fine vengono citate le relazioni finali dell'anno scolastico), debordando così in un esame di merito fatto davvero "a spanne".

Il difetto descritto trova poi riscontro nel ripetuto richiamo alla giurisprudenza costituzionale in tema di diritti fondamentali "*finanziariamente condizionati, elaborata nel campo del diritto alla salute ma agevolmente trasponibile in subiecta materia*" (punto 8.2.). Viene a tale fine citata Corte Cost. 248/2011.

A parte che la trasposizione dal diritto alla salute al diritto alla non discriminazione del disabile non è affatto così automatica (quantomeno per lo specifico fondamento euro-unitario del secondo), è ovvio che se l'argomentazione fosse fondata, l'intera elaborazione sull'accomodamento ragionevole verrebbe integralmente svuotata: altro è infatti la generale limitazione derivante appunto dalla naturale limitazione delle risorse pubbliche, altro è il carattere specifico dell'accomodamento ragionevole che, per sua natura, è un intervento particolare e aggiuntivo, correlato alla concreta situazione del disabile ("*in casi particolari*" dice l'art. 2 della Convenzione; e "*soluzioni efficaci e*

¹² Si tratta del servizio, di competenza dei Comuni, che affianca l'insegnamento di sostegno per sostenere il disabile nello svolgimento delle attività non strettamente didattiche.

¹³ Così il punto 5.5. della sentenza.

pratiche” dice il considerando 20 della direttiva 2000/78). Soluzione ragionevole è obbligo di fare ciò che altrimenti – in una gestione ordinaria dell’impresa o della spesa pubblica – non si sarebbe fatto; stemperarlo nella generale limitazione che incontra qualsiasi attività dello Stato (e qualsiasi attività umana) svuota di significato tutta l’elaborazione che ha preso le mosse dalla Convenzione ONU.

In realtà, l’unica strada che evita il rischio appena descritto è quella che ha seguito la Corte costituzionale nella sentenza 275/2016 (ovviamente trascurata dalla sentenza in commento) quando ha affermato che il diritto alla istruzione del disabile ex art. 24 della Convenzione *“impone alla discrezionalità del legislatore un limite invalicabile”* e che non è condivisibile la tesi *“secondo cui ogni diritto, ivi compreso quelli incompressibili, devono essere sempre e comunque assoggettati a un vaglio di sostenibilità nel quadro delle risorse complessive disponibili”*; tesi che ha trovato poi conferma nella stessa giurisprudenza amministrativa nella materia del sostegno, laddove questa ha affermato che deve escludersi *“ogni riduzione quantitativa delle ore basate su limiti di organico o su vincoli finanziari”* (TAR Lombardia 17.4.24 citato alla nota 7).

Il tema della “incompressibilità” ha certamente un riflesso anche nel rapporto di lavoro, posto che la valutazione di proporzionalità dell’onere per il datore di lavoro deve muovere sempre dalla constatazione che siamo di fronte a diritti “incompressibili” sia dal potere pubblico che dal potere privato dell’imprenditore. E tuttavia proprio dal rapporto di lavoro provengono indicazioni rilevanti circa il “luogo” dell’eventuale bilanciamento, ove necessario: la Cassazione infatti, con la sentenza 22.5.2024 n.14216 ha recentemente indicato il dialogo tra le parti come percorso obbligato per l’individuazione dell’accomodamento ragionevole, ponendo a carico del datore di lavoro l’obbligo del “primo passo” per la costruzione del dialogo stesso (che, per es., deve condurre alla individuazione delle soluzioni per evitare il superamento del periodo di comporto o per rideterminarlo in funzione delle condizioni di invalidità).

E’ dunque da questo confronto che scaturiscono gli elementi per la valutazione di proporzionalità, trovando così conferma – in totale contrasto con la recente posizione del CdS - sia il carattere concreto della soluzione ragionevole, necessariamente costruita, attraverso il dialogo, sulle esigenze del disabile, sia la necessità di un percorso (che, trasposto nel settore pubblico, sarà quello del procedimento amministrativo) nel quale incompressibilità e onere proporzionato si confrontano a carte scoperte, essendo preclusa qualsiasi arbitraria chiusura basata sul semplice “costa troppo”.

Da questo punto di vista la sentenza del CdS offre anche un’utile indicazione sui vantaggi del giudizio antidiscriminatorio. Certamente i Giudici hanno potuto stemperare la loro valutazione sugli indefiniti limiti della spesa pubblica, perché – non essendo espressamente dedotta in giudizio una discriminazione – non si sono posti un problema di ripartizione dell’onere della prova: per contro, nell’ambito del giudizio antidiscriminatorio, il carattere eccessivo dell’onere si pone sicuramente come eccezione rispetto all’obbligo dell’accomodamento che costituisce la regola generale; come tale il relativo onere probatorio non può che essere posto a carico di chi formula l’eccezione e deve essere assolto in modo rigoroso, non essendo previsto sul punto alcun alleggerimento.

Tutt’altro, quindi, rispetto alla generica invocazione del diritto “finanziariamente condizionato”.

Non resta che sperare che la sentenza in commento costituisca un incidente di percorso, e che anche la giustizia amministrativa riprenda la strada verso quella “massima estensione delle garanzie” dei diritti fondamentali, invocata dalla Corte costituzionale nella sentenza 54/2022 (punto 10).

IEN (*Italian Equality Network*) è un progetto dell'associazione **Rete per l'uguaglianza** che riunisce giuriste e giuristi impegnati da anni nello studio e nell'attuazione del diritto antidiscriminatorio.

Tutte le iniziative di IEN sono illustrate sul sito:

www.italianequalitynetwork.it

ISBN 979-12-9851-615-1



9 791298 516151 >