



Provincia di Piacenza



*Ministero del Lavoro
e delle Politiche Sociali*

Direzione Provinciale del
Lavoro di Pavia



UNIONE GIURISTI CATTOLICI DI PAVIA
"BEATO CONTARDO FERRINI"

A.CO.D.

Associazione Consumatori Disabili

Pavia, 9 maggio 2012
Aula Volta dell'Università degli Studi

Il lavoro dei disabili: collocamento e rapporto

La recente giurisprudenza sul lavoro dei disabili

Marco Ferraresi

Ricercatore di diritto del lavoro, Università di Pavia

marco.ferraresi@unipv.it

<http://iusetlabor.blogspot.com>

La giurisprudenza recente è... tutta la giurisprudenza

Orientamenti recenti *ex lege* n. 482/1968, parzialmente utilizzabili nel mutato quadro normativo

Questa relazione: orientamenti di Cassazione
(Corte cost., CGCE)

Le questioni applicative superano
naturalmente il contenzioso giudiziale e non sempre lo
raggiungono (o comunque non sempre si arriva a sentenza)

Il conflitto nella fase costitutiva del rapporto diminuisce
probabilmente in proporzione all'incremento
degli strumenti convenzionali
(coprono ormai la metà delle assunzioni)

Interpelli ministeriali e Prassi S.p.I.

Un sistema migliorato
Posti scoperti: ca. 42% nel 2004; 25% nel 2009
(v. Quinta Relazione al Parlamento, 2008-2009)

Sommario

1. Limiti del diritto di rifiutare l'assunzione
2. Conseguenze dell'illegittimo rifiuto
3. Costituzione con rapporti non standard
4. Estinzione del rapporto per g.m.o. di licenziamento
5. Diritti dei disabili e di altri

1. Limiti del diritto di rifiutare l'assunzione

Nel nuovo sistema, il diritto al rifiuto dovrebbe costituire una eccezione

Passaggio da un sistema unilaterale e impositivo (l. 1968) ad uno tendenzialmente plurilaterale e contrattato (l. 1999)

Sistema delle convenzioni risolve abbastanza il problema (artt. 11, 12, 12-bis)

Al di fuori delle convenzioni

art. 9

commi 1 e 6: obblighi di presentazione

- di un **prospetto informativo**: posti e mansioni disponibili
- di **richiesta di assunzione**: qualifica desiderata entro 60 giorni da quando insorge l'obbligo

comma 2:

- possibilità di avviare **qualifiche simili**
(ma previo addestramento o tirocinio “anche” in convenzione)

Cosa accade in caso di “scarto” di qualifica?

Legge 1968

- Qualifiche indicate comunque non vincolanti, ma
- Diritto datoriale di rifiuto solo in caso di totale incollocabilità:
 - verifica di tutte le mansioni possibili
 - intangibilità organizzazione aziendale
 - tutela salute e sicurezza
 - salvaguardia degli impianti

Cass. 1460/1990

- no obbligo di creare nuovi posti o di scorporare mansioni altrui
 - né di modificare l'organizzazione
- onere della prova della incollocabilità al datore (solo formale)

Cass. 24091/2009

- verificare possibilità di redistribuire mansioni esistenti
- potere (ma non obbligo) di trasferire lavoratori normodotati

Nel regime di cui alla l. del 1999:

- **Diritto di rifiutare** lavoratori con qualifica diversa o anche simile, in caso di mancata intesa su addestramento/tirocinio
- Qualifica da considerare: è solo quella dell'atto di avviamento (da riempire di contenuto in base ai contratti collettivi ex art. 7, c. 6, d.p.r. n. 333/2000)

Ratio: perché il sistema è consensuale

Effetto: maggiore certezza di diritto

Cass. 7007/2011

Cass. 15058/2010

Cass. 6017/2009

Dubbio ex art. 7, c. 7, d.p.r. n. 333/2000

- E' possibile avviare un lavoratore con altra qualifica (purché "simile") in caso di **mancata soluzione consensuale**?
- Quando "in ogni caso non sia possibile dar luogo alla stipula della convenzione, il servizio procede all'avviamento tenuto conto delle indicazioni contenute nel prospetto informativo annuale nonché nella attuale richiesta di avviamento"

Soluzione di chiusura

E' soluzione da condividere:

- “Obbligo” di soddisfare le quote
- Tassatività delle fattispecie di esonero
- Evitare redazione di prospetti e richieste con modalità elusive

*In caso di avviamento unilaterale,
il datore potrà dunque rifiutare solo nei casi
già considerati dalla l. del 1968,
cioè di assoluta non collocabilità
(e... nel periodo di prova)*

Recenti interventi legislativi:

flessibilizzazione nella fase costitutiva per i gruppi

compensazione delle quote fra imprese del gruppo
(art. commi 8 e 8-bis dell'art. 5, l. n. 68 del 1999, introdotti
dall'art. 9, comma 1, lett. a, d.l. 13 agosto 2011, n. 138, come
conv. in l. 14 settembre 2011, n. 148)

2. Conseguenze dell'illegitto rifiuto

Risarcimento del danno

e/o

costituzione *ope iudicis ex art. 2932 c.c.*?

Requisiti del 2932 c.c.

Obbligo di assunzione: sussiste

Oggetto determinato o determinabile:
in un contratto di lavoro sono le mansioni

Nel regime del 1968 il sistema non consentiva
una preventiva individuazione delle mansioni

Conseguenza della giurisprudenza:
no 2932 c.c.
solo r.d.

Ma nel vigore della nuova legge, tutto è finalizzato alla previa individuazione delle mansioni

- Invio del prospetto
- Richiesta di avviamento
- La compilazione della scheda del lavoratore presso il s.p.i.
- L'intermediazione del s.p.i.

L'oggetto diventa determinabile

Esito

Cass. 7007/2011 afferma **l'applicabilità del 2932 c.c.**

Lo stesso esito si ebbe già per
i centralinisti non vedenti, poiché la normativa
consente la determinazione delle mansioni
(l. n. 113/1985; Cass. 15913/2004)

Proprio tale ultima fattispecie,
in Cass. 12131/2011,
ci dice poi che:

- la costituzione ha **effetto ex nunc**
- l'eventuale ritardo fa scattare il r.d. tra
la data dell'assunzione dovuta e la data di assunzione
(dunque **cumulabilità** di 2932 e r.d.)

E se il datore, omettendo il prospetto o la richiesta di avviamento, rende impossibile la determinazione delle mansioni? Solo r.d.?

In vero, la soluzione unilaterale del d.p.r. n. 333/2000 consentirebbe la individuazione delle mansioni, tuttavia come visto tale soluzione di chiusura presuppone comunque che sia stato inviato almeno il prospetto informativo

Resta comunque la funzione compulsoria della sanzione amministrativa

In cosa consiste il r.d. per equivalente?

Essenzialmente nel lucro cessante, cioè
nelle **retribuzioni non percepite**

Sino a quando?

- all'assunzione

- all'atto di avviamento presso altro datore

(Cass. n. 13718/2009)

Ammissibile la condanna in futuro?

No, occorre eventualmente ri-adire il giudice

(mancano attualità e certezza)

(Cass. n. 5766/2002)

3. Assunzione con contratti non standard

Ex lege del 1968, la g. non ammetteva per lo più l'utilizzo del contratto a tempo determinato
(Cass. 15951/2004)

- Ma la conversione era concessa solo per:
- mancata richiesta di avviamento a termine
 - violazione della normativa generale sul termine

Ora **l'art. 11, c. 2** dispone che nelle convenzioni si possa contemplare il contratto a termine:

1) al di fuori della convenzione?

2) ed occorre la causale?

1) Dottrina contro la prima possibilità
(vs. interpello min. lav. n. 66/2009)

2) **Cass. 13285/2010** ha sancito che qui il termine è a-causale:

- è uno strumento di collocamento mirato
- c'è un controllo della p.a. a tutela del lavoratore
- è previsto in mezzo ad altre misure "in deroga"
(prova, apprendistato, cfl)
- nella fattispecie, la proposta proveniva dalla p.a.

Altre ipotesi contrattuali: part-time

- part-time, è stato ammesso dalla giurisprudenza purché non “imposto” (Cass. 14823/2001)
- il lavoratore può rifiutare la proposta part-time e questo non costituisce concorso di colpa nel r.d. (Cass. 8637/2000)
- viceversa il datore non è obbligato ad assumere part-time il lavoratore che lo richieda (Cass. 4300/2001)

Oggi c'è riferimento testuale:
art. 3, c. 5, d.p.r. n. 333/2000

Altre ipotesi contrattuali:
la legge contempla

- cfl, inserimento, apprendistato
- telelavoro

4. Licenziamento (per g.m.o.)

Art. 10, comma 3

Nel caso di aggravamento delle condizioni di salute o di significative variazioni dell'organizzazione del lavoro, il disabile può chiedere che venga accertata la compatibilità delle mansioni a lui affidate con il proprio stato di salute. Nelle medesime ipotesi il datore di lavoro può chiedere che vengano accertate le condizioni di salute del disabile per verificare se, a causa delle sue minorazioni, possa continuare ad essere utilizzato presso l'azienda. [...] Il rapporto di lavoro può essere risolto nel caso in cui, **anche attuando i possibili adattamenti dell'organizzazione del lavoro**, la predetta commissione accerti la definitiva impossibilità di reinserire il disabile all'interno dell'azienda.

L'art. 1, comma 7, dispone però:

“i datori di lavoro, pubblici e privati, sono tenuti a garantire la conservazione del posto di lavoro a quei soggetti che, **non essendo disabili al momento dell'assunzione**, abbiano acquisito per infortunio sul lavoro o malattia professionale eventuali disabilità”

Ma questa disposizione non può significare un obbligo di assistenza imposto alle imprese (vs. art. 23 Cost.)!

Il suo contenuto è precisato **dall'art. 4, comma 4:**

“I lavoratori che **divengono inabili allo svolgimento delle proprie mansioni in conseguenza di infortunio o malattia** non possono essere computati nella quota di riserva di cui all'articolo 3 se hanno subito una riduzione della capacità lavorativa inferiore al 60 per cento o, comunque, se sono divenuti inabili a causa dell'inadempimento da parte del datore di lavoro, accertato in sede giurisdizionale, delle norme in materia di sicurezza ed igiene del lavoro. Per i predetti lavoratori l'infortunio o la malattia **non costituiscono giustificato motivo di licenziamento nel caso in cui essi possano essere adibiti a mansioni equivalenti ovvero, in mancanza, a mansioni inferiori. Nel caso di destinazione a mansioni inferiori essi hanno diritto alla conservazione del più favorevole trattamento corrispondente alle mansioni di provenienza.** Qualora per i predetti lavoratori non sia possibile l'assegnazione a mansioni equivalenti o inferiori, gli stessi vengono avviati, dagli uffici competenti di cui all'articolo 6, comma 1, presso altra azienda, in attività compatibili con le residue capacità lavorative, senza inserimento nella graduatoria”

Grossi problemi testuali di coordinamento:

- gli “adattamenti” si devono esigere solo nel caso di aggravamento della disabilità e non nella disabilità sopravvenuta?
- il *repechâge* vale solo per i disabili sopravvenuti?
- c'è differenza tra l'art. 1.7 e il 4.4? Infortunio vs. infortunio sul lavoro; malattia vs. malattia professionale?

Sarebbero distinzioni insostenibili alla luce del principio di ragionevolezza. La g. semplifica. E' stata anche la scelta del regolamento di attuazione di legge (cfr. art. 3, c. 4, d.p.r. n. 333/2000)

In definitiva, sia con riguardo all'aggravamento dello stato di salute, sia della sopravvenuta inabilità, la g. applica sempre i tradizionali principi del g.m.o., compreso il *repechâge*:

- incollocabilità del lavoratore in mansioni equivalenti o anche inferiori (obbligo di *repechâge*)
- incompatibilità di mansioni eventualmente disponibili con le capacità o con lo stato di salute del lavoratore
- tradizionale regime dell'onere della prova (formalmente a carico del datore, in sostanza però del lavoratore)

Prima di procedere al licenziamento è necessario l'accertamento medico?

- Può il datore di lavoro procedere sulla base del proprio convincimento personale?
- Può farlo meramente sulla base dell'accertamento disposto dal medico aziendale?
- Può farlo meramente sulla base dell'accertamento disposto da ente pubblico ai sensi dell'art. 5, St. Lav.?
 - Può farlo solo dopo l'accertamento della commissione medica provinciale AUSL *ex lege* n. 104/1992?
- E' questa competente anche nel caso di disabilità sopravvenuta o aggravatasi dopo infortunio sul lavoro o malattia prof. o procede l'INAIL?
- Se il datore non aderisce alla decisione della Commissione, deve prima impugnarla affinché venga smentita e poi licenziare, o può licenziare direttamente, salva poi la sentenza del giudice previa c.t.u.?

Orientamento giurisprudenziale prevalente
ex lege del 1968:
è sufficiente un accertamento *ex art. 5 St. Lav.*

L'attuale dettato normativo sembra
presupporre necessariamente, quanto meno,
che sia avvenuto l'accertamento *ex lege* n. 104/1992.

La competenza avverso gli atti della commissione medica
provinciale è del **giudice del lavoro**:
Cass. S.U. n. 24862/2006

In dottrina si prospettano però obblighi pregnanti di “**adattamento**” (art. 10, comma 3):

evitare il licenziamento adottando tutte le “modifiche” che consistano in “soluzioni ragionevoli” in un bilanciamento di costi sostenibili per l’impresa e di benefici per i lavoratori

Art. 5 dir. 2000/78/CE

Convenzione ONU

Corte di Giustizia CE 11 luglio 2006, C-13/05

Articolo 5, dir. 2000/78/CE

Soluzioni ragionevoli per i disabili

Per garantire il rispetto del principio della parità di trattamento dei disabili, sono previste soluzioni ragionevoli. Ciò significa che il datore di lavoro prende i provvedimenti appropriati, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, per consentire ai disabili di accedere ad un lavoro, di svolgerlo o di avere una promozione o perché possano ricevere una formazione, a meno che tali provvedimenti richiedano da parte del datore di lavoro un onere finanziario sproporzionato. Tale soluzione non è sproporzionata **allorché l'onere è compensato in modo sufficiente da misure esistenti nel quadro della politica dello Stato membro a favore dei disabili.**

Art. 2, Convenzione ONU sulla disabilità

Definizioni

per “discriminazione fondata sulla disabilità” si intende qualsivoglia distinzione, esclusione o restrizione sulla base della disabilità che abbia lo scopo o l’effetto di pregiudicare o annullare il riconoscimento, il godimento e l’esercizio, su base di uguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale, culturale, civile o in qualsiasi altro campo. Essa include ogni forma di discriminazione, **compreso il rifiuto di un accomodamento ragionevole**;

per “accomodamento ragionevole” si intendono 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;

Cfr. anche **art. 27** sul lavoro

Corte di Giustizia CE, C- 13/05

Principio di diritto:

“Il divieto, in materia di licenziamento, della discriminazione fondata sull’handicap, sancito agli artt. 2, n. 1, e 3, n. 1, lett. c), della direttiva 2000/78, osta a un licenziamento fondato su un handicap che, tenuto conto dell’obbligo di prevedere soluzioni ragionevoli per i disabili, non sia giustificato dal fatto che la persona di cui trattasi non è competente, capace o disponibile a svolgere le mansioni essenziali del suo posto di lavoro”

D.lgs. n. 216/2003 (attuativo della direttiva)
non contempla espressamente il rifiuto di “soluzioni ragionevoli”
come fattispecie di discriminazione

Consente al giudice – ma purché a monte, appunto, si rilevi una
discriminazione – di condannare con ordinanza il datore
discriminante ad azioni positive per la rimozione della situazione
di discriminazione: v. art. 28, d.lgs. n. 150/2011

Cambia qualcosa con la Convenzione ONU?

Ma allora quali adattamenti sono obbligati?
Cosa è un “adattamento”?

Non è passata sinora la tesi più rigorosa

Per la Cass. “adattamento” (ok) vs. “modifica”

- è esigibile una redistribuzione di compiti
- **non sono esigibili modifiche che comportano costi nuovi**
 - non è esigibile un “ritaglio” di mansioni
 - non è esigibile la creazione di mansioni nuove
- né di modalità di espletamento di mansioni del tutto nuove
 - non è esigibile il trasferimento di lavoratori normodotati

- Di fatto, lo strumento delle convenzioni risolve molti problemi
 - L'accesso al Fondo nazionale e al Fondo regionale disabili consente il rimborso di spese necessarie (ad es. barriere architettoniche) per il posto di lavoro del disabile
 - Al momento è questa la via italiana alla pratica delle soluzioni ragionevoli

Art. 10, c. 4

“il recesso di cui all'articolo 4, comma 9, della legge 23 luglio 1991, n. 223 ,
ovvero il licenziamento per riduzione di personale o per giustificato motivo
oggettivo, esercitato nei confronti del lavoratore occupato obbligatoriamente,
sono annullabili qualora, nel momento della cessazione del rapporto, il
numero dei rimanenti lavoratori occupati obbligatoriamente sia inferiore alla
quota di riserva prevista all'articolo 3 della presente legge”

... purché non ricorra il g.m.o. e comunque non si può
pretendere il licenziamento di altro lavoratore normodotato solo
per salvare il posto del disabile
(Cass. 15049/2009)

5. Diritti dei disabili e diritti altrui

(*rectius*: e tutela dell'impresa)

- come visto, non c'è un diritto di precedenza nel mantenimento del posto in caso di g.m.o. rispetto ai normodotati
- nel caso di mobilità, il disabile non vanta un diritto di priorità maggiore del lavoratore normodotato (Cass. 1410/2000): qui peraltro l'obbligo di assunzione è sospeso
- le quote di avviamento non sono estensibili alle progressioni di carriera: C. Cost. n. 190/2006 ex art. 38.3 e 97 Cost.:
“Gli inabili ed i minorati hanno diritto all'educazione e **all'avviamento** professionale”
- esse poi non sono obbligatorie per l'accesso ai corsi universitari (ergo il 38.3 non copre la fase pre-lavorativa):
Corte cost. n. 431/2008

D.d.I. di riforma del m.d.I.

Art. 14

- si applica la tutela reale con reintegrazione e r.d. max 12 mesi
(salva richiesta indennità sostitutiva 15 mensilità)

Quindi, concettualmente, il trattamento del licenziamento del disabile per g.m.o. si separa dal regime "ordinario" del g.m.o. (che prevede la reintegrazione come eccezione)

Conclusioni

- La fase costitutiva del rapporto esce nel complesso rafforzata (anche statisticamente: v. Relazione Parlamento)
- Trend espansivo dell'assunzione con contratti non standard (specie il termine: v. statistiche Relazione Parlamento)
 - Applicazione "tradizionale" del g.m.o., nonostante formulazioni normative piuttosto impegnative
- Attenzione della g. al bilanciamento dei "diritti" al lavoro (rectius, del bene-impresa)