

ISSN 1121-8762

Diritto delle Relazioni Industriali

Rivista trimestrale già diretta da
MARCO BIAGI

*Malattie croniche e licenziamento
del lavoratore:
una prospettiva comparata*

Silvia Fernández Martínez

anticipazione

N. 3/XXV - 2015

ADAPT
www.adapt.it
UNIVERSITY PRESS



GIUFFRÈ EDITORE

Malattie croniche e licenziamento del lavoratore: una prospettiva comparata

Silvia Fernández Martínez

Sommario: 1. Inquadramento del problema. – 2. La malattia come causa di discriminazione. – 3. Obbligo di adattamento del posto di lavoro. – 4. Malattie croniche e inidoneità sopravvenuta. Il licenziamento oggettivo. – 5. Conclusioni.

1. Inquadramento del problema

Attualmente, secondo il report Eurostat *People having a long-standing illness or health problem, by sex, age and labour status* (ultima visita novembre 2014), il numero di persone appartenenti alla popolazione attiva che soffrono di un qualunque tipo di malattia cronica è aumentato rispetto al secolo passato senza, tuttavia, che questo fenomeno sia stato accompagnato da una risposta normativa adeguata né a livello europeo né da parte dei singoli Stati membri. Secondo il report *Health* del 2011⁽¹⁾, nel Regno Unito, mentre nel 1972 un adulto su 4 affermava di aver sofferto di una malattia per un periodo prolungato nel tempo, questa cifra sale a 1 su 3 nel 2009. Nell'ambito della categoria delle malattie croniche sono ricompresi, tra gli altri, il cancro, il diabete e l'obesità⁽²⁾.

La conseguenza è l'inesistenza di un sistema in grado di far fronte a questo problema crescente, tanto sul piano giuridico, quanto su quello dell'organizzazione del personale e delle relazioni industriali, situazio-

* Dottoranda presso la Scuola internazionale di Dottorato in Formazione della persona e mercato del lavoro di ADAPT-CQIA, Università degli Studi di Bergamo.

Traduzione dallo spagnolo a cura di Dario Pandolfo.

⁽¹⁾ D. SWEET, *Health*, in *Social Trends*, 2011, vol. 41, n. 1.

⁽²⁾ Per un maggior approfondimento si veda S. VARVA (a cura di), *Malattie croniche e lavoro. Una prima rassegna ragionata della letteratura di riferimento*, in ADAPT University Press, 2014, 11.

ne, questa, dovuta alla mancanza di consapevolezza in merito all'impatto che tale fenomeno può provocare sul mercato del lavoro.

L'assenza di un regime giuridico specifico applicabile ai malati cronici comporta che, nella maggior parte degli Stati europei, a questi spettino null'altro che i medesimi diritti degli altri lavoratori. In particolare, per quanto riguarda il licenziamento, il loro contratto potrà essere legittimamente risolto a seguito della perdita di capacità o dell'assenteismo quali conseguenze del fatto di soffrire della malattia, a condizione, però, che sia rispettata una serie di requisiti. Posto che l'uscita di queste persone dal mercato del lavoro produce un effetto diretto sulla riduzione della popolazione attiva, la presenza dei malati cronici nel mercato del lavoro, mediante adattamento delle loro mansioni alle nuove capacità, risulterà imprescindibile ai fini della sostenibilità dei sistemi di welfare ⁽³⁾, ancor più se si tiene conto della previsione secondo cui nel 2030 l'Europa conterà 20 milioni in meno di persone in età lavorativa ⁽⁴⁾.

Contrariamente a quanto possa sembrare, il fatto che un lavoratore soffra di una malattia cronica produce implicazioni non soltanto nei confronti dell'impresa, ma anche del sistema di previdenza sociale di ciascuno Stato, poiché è su di esso che ricadranno i costi conseguenti all'uscita di un lavoratore dal mercato del lavoro. Questa circostanza comporta un aumento dei costi economici per il sistema di welfare, minacciandone la sostenibilità nel lungo periodo. Di conseguenza, l'incremento delle malattie croniche produce effetti tanto sui lavoratori che le soffrono quanto sull'impresa per cui lavorano, nonché sulla società in generale.

L'evoluzione del diritto del lavoro e dei sistemi di previdenza sociale svolge un ruolo fondamentale per poter offrire una risposta adeguata rispetto all'impatto delle malattie croniche sul contratto di lavoro e, in particolare, sulla risoluzione dello stesso per ragioni oggettive. Nonostante tutte le implicazioni che comporta, si tratta di un tema che non è stato, sino ad ora, studiato in profondità nei vari Stati dell'Unione europea ⁽⁵⁾.

⁽³⁾ M. TIRABOSCHI, *Le nuove frontiere dei sistemi di welfare: occupabilità, lavoro e tutele delle persone con malattie croniche*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Occupabilità, lavoro e tutele delle persone con malattie croniche*, ADAPT University Press, 2015, 13.

⁽⁴⁾ RANDSTAD, *Flexibilidad en el trabajo 2014. Informe anual sobre la flexibilidad laboral y el empleo*, 2014.

⁽⁵⁾ M. TIRABOSCHI, *op. cit.*, 5.

Alla luce di quanto esposto, emerge l'importanza di realizzare un'analisi in chiave comparata volta a comprendere i diversi modi in cui gli Stati dell'Unione europea tutelano, contro il licenziamento, i lavoratori che soffrono di una malattia cronica. In particolare, verranno presi in considerazione i casi di Spagna, Italia, Francia, Germania e Regno Unito.

2. La malattia come causa di discriminazione

A livello comunitario, la malattia cronica del lavoratore non figura tra le cause di discriminazione previste dalla direttiva 2000/78/CE del 27 novembre 2000⁽⁶⁾, in cui viene delineato un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e condizioni di lavoro. L'obiettivo di tale normativa è quello della creazione di un mercato del lavoro volto a favorire l'integrazione sociale, ragion per cui si sottolinea la necessità di lottare contro la discriminazione fondata sulla disabilità, senza però fare alcun cenno alle malattie croniche, nonostante possano anch'esse essere causa di esclusione sociale. Il fatto che le malattie croniche non vengano richiamate espressamente dalla direttiva provoca un vuoto legislativo per il caso in cui il lavoratore soffra di una malattia di questo tipo, la quale, pur producendo ripercussioni sulla prestazione lavorativa, non viene ricompresa nel novero delle disabilità riconosciute a livello amministrativo, ricevendo il lavoratore, pertanto, lo stesso trattamento degli altri lavoratori.

Anche a fronte del silenzio della normativa comunitaria, la maggioranza degli Stati membri non ha tuttavia optato, a livello interno, per l'inclusione in maniera espressa delle malattie croniche tra i motivi di discriminazione vietati dalla legge, riservando la qualificazione di condotta discriminatoria unicamente agli atti discriminatori fondati sulla disabilità. In linea con questa posizione maggioritaria si collocano Spagna e Italia, i cui ordinamenti giuridici in materia di lavoro vietano esplicitamente unicamente la discriminazione fondata sulla disabilità (in Spagna nell'articolo 4, comma 2, lettera *c*, dell'*Estatuto de los trabajadores* (ET) e in Italia nell'articolo 15 Stat. lav.), non anche, quindi, quella basata su una malattia cronica. Nel Regno Unito, questa previsione è ricompresa nell'*Equality Act* del 2010 (sezioni 6 e 15), mentre in Germania la Costituzione prevede un divieto generale di discriminazione in base ad impedimenti fisici o psichici (articolo 3). Al contrario

⁽⁶⁾ In *Boletín ADAPT*, 2015, n. 3.

di quanto accade in questi Stati, in Francia è invece stato riconosciuto, in maniera espressa, il divieto di discriminazione per ragioni di salute (articolo L122-45 del *Code du travail*).

L'inclusione della malattia tra le cause di discriminazione o la sua assimilazione alla disabilità, risulta, dunque, determinante in relazione alla protezione di questi lavoratori contro il licenziamento. Così, nel Regno Unito, sebbene la malattia non sia espressamente ricompresa tra le cause di discriminazione, il concetto di disabilità viene regolato in maniera talmente ampia da portare la giurisprudenza a ritenervi compresa anche la malattia di lungo periodo. Viene poi riconosciuta l'esistenza di un tipo di discriminazione "*by association*", che consente di estendere la tutela contro la discriminazione fondata sulla disabilità anche ai trattamenti illeciti sofferti da coloro che non trovino riconoscimento a livello amministrativo o la cui malattia non comporti disabilità. In particolare, si prevede l'estensione della tutela apprestata per la disabilità alle malattie progressive, tra le quali il cancro e la sclerosi multipla⁽⁷⁾. In altri Stati, tuttavia, come nel caso della Spagna, la giurisprudenza ha adottato una posizione opposta a quella inglese, sostenendo che la protezione specifica contro la discriminazione fondata sulla disabilità non possa estendersi per analogia alla malattia⁽⁸⁾. Viene negata, altresì, la possibilità che la malattia possa essere inclusa nel generico divieto di discriminazione per «qualunque altra circostanza personale o sociale» di cui all'articolo 14 della Costituzione spagnola. Posizione, questa, che ha trovato accoglimento anche nell'ambito dei tribunali tedeschi, dai quali emerge che il licenziamento per motivi di salute del lavoratore non costituisce, di per sé, una discriminazione fondata sulla disabilità, e dunque oggetto di divieto ai sensi della direttiva 2000/78/CE, salvo il caso in cui la malattia dia luogo al riconoscimento di una disabilità⁽⁹⁾. In Spagna, tuttavia, è questo un tema tutt'altro che pacifico, posto che i tribunali di prima istanza ritengono, invece, che la malattia del lavoratore sia riconducibile al divieto generico di discriminazione di cui all'articolo 14 della Costituzione spagnola, e che pertanto dovrebbe go-

⁽⁷⁾ M.J. GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA, *Discapacidad, estados de salud y discriminación en el marco jurídico de la igualdad de Reino Unido*, in *Revista de Información Laboral*, 2014, n. 4, 43 e 57.

⁽⁸⁾ Tribunal supremo 29 enero 2001, n. 1566/2000; Tribunal constitucional 26 mayo 2008, n. 3912/2005.

⁽⁹⁾ R. SANTAGATA, *I licenziamenti in Germania: i presupposti di legittimità*, in *q. Rivista*, 2013, n. 3, 890.

dere della medesima tutela prevista per i casi di discriminazione fondata sulla disabilità ⁽¹⁰⁾.

In Italia, pur non esistendo un divieto esplicito di discriminazione fondata sulla malattia, la dottrina ritiene che l'estensione della tutela antidiscriminatoria a tutti i lavoratori dichiarati inidonei allo svolgimento delle mansioni tipiche del proprio posto di lavoro, indipendentemente dal grado di disabilità riconosciuto, fornirebbe una risposta adeguata alla loro situazione ⁽¹¹⁾.

Un caso paradigmatico è quello francese, ove, accanto al riconoscimento espresso della malattia come causa di discriminazione (articolo L122-45 del *Code du travail*), esiste una tutela specifica contro il licenziamento per i lavoratori che soffrano di una malattia grave, la quale abbia determinato un'incapacità sopravvenuta. L'articolo L1226-9 del *Code du travail* prevede che durante i periodi di sospensione del contratto di lavoro a seguito di una malattia o di un incidente il datore di lavoro potrà estinguere il rapporto di lavoro solo per un motivo di grave interesse o per una ragione estranea all'incidente o alla malattia. Ne deriva che il licenziamento basato unicamente sulla malattia del lavoratore è da considerarsi nullo in quanto discriminatorio (articolo L122-45 del *Code du travail*).

In definitiva, è possibile affermare che, a livello nazionale, il licenziamento del lavoratore basato unicamente sulla sua malattia è ritenuto discriminatorio in Francia e Regno Unito, mentre in Spagna, Italia e Germania lo è solo nel caso in cui la malattia dia luogo al riconoscimento di una disabilità da parte delle autorità amministrative competenti.

Per quanto riguarda l'inclusione delle malattie croniche nell'ambito di applicazione della direttiva 2000/78/CE, la Corte di giustizia europea si è pronunciata in due occasioni. In primo luogo, con la sentenza *Chacón Navas* ⁽¹²⁾, ha definito la disabilità come «limite che deriva, in particolare, da minorazioni fisiche, mentali o psichiche e che ostacola la partecipazione della persona considerata alla vita professionale» (punto 43). La Corte precisa che la direttiva non reca alcuna indicazione che porti a ritenere che il divieto di discriminazione fondata sulla disabilità debba operare immediatamente rispetto alla comparsa di una malattia. Ne deriva, pertanto, che la scelta del legislatore comunitario di utilizzare il

⁽¹⁰⁾ Tribunal superior de justicia de Cataluña 28 febrero 2000, n. 7041/1999.

⁽¹¹⁾ S. GIUBBONI, *Sopravvenuta inidoneità alla mansione e licenziamento. Note per una interpretazione "adeguatrice"*, in *RIDL*, 2012, n. 2, I, 303.

⁽¹²⁾ C. giust. 11 luglio 2006, causa C-13/05, *Sonia Chacón Navas c. Eurest Colectividades SA*.

termine disabilità, e non un altro, è tesa chiaramente ad indicare l'intenzione dello stesso di escludere dall'ambito di applicazione della direttiva quelle malattie, di cui soffre il lavoratore, non ancora catalogate come invalidanti a livello amministrativo. La Corte rifiuta, dunque, un'equiparazione pura e semplice dei due concetti, giungendo così alla conclusione secondo cui la tutela contro la discriminazione fondata sulla disabilità non possa estendersi in via analogica alla malattia.

Tuttavia, più recentemente, la Corte di giustizia, nella sentenza *Danmark* (¹³), nonostante non lo si affermi espressamente, realizza un vero e proprio cambio di rotta rispetto a quanto affermato nella sentenza *Chacón Navas*, il che rappresenta un cambiamento di enorme rilevanza concettuale, soprattutto per gli Stati in cui viene negata l'equiparazione tra malattia e disabilità (Spagna, Germania e Italia), con una molteplicità di conseguenze pratiche in diversi settori. In primo luogo, la Corte precisa che il concetto di disabilità debba essere interpretato in modo tale da farvi rientrare ogni «condizione patologica causata da una 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» (punto 47).

Quel che conta nel concetto di disabilità è l'esistenza di un limite alla piena partecipazione alla vita professionale, che sia causa di una riduzione della capacità del lavoratore, indipendentemente dalla ragione che ne è alla base. Questa stessa posizione si ritrova nella sentenza *Fag og Arbejde (FOA)* della Corte di giustizia (¹⁴). Se ciò si verifica, la malattia potrà ricondursi all'ambito di applicazione della direttiva 2000/78/CE. Quel che determina questa sentenza non è una totale equiparazione dei concetti di malattia e disabilità, bensì la creazione di una terza categoria: la malattia di lunga durata che produce limitazioni nella vita professionale del lavoratore. È quest'ultima tipologia, e non la malattia genericamente intesa, che si assimila al concetto di disabilità, rientrando, di conseguenza, nell'ambito di applicazione della direttiva.

¹³ C. giust. 11 aprile 2013, cause riunite C-335/11 e C-337/11, *HK Danmark, che agisce per conto del Jette Ring c. Dansk almennyttigt Boligselskab (C-335/11) e HK Danmark, che agisce per conto del Lone Skouboe Werge c. Dansk Arbejdsgiverforening che agisce per conto del Pro Display A/S (C-337/11)*, in *Boletín ADAPT*, 2015, n. 3.

¹⁴ C. giust. 18 dicembre 2014, causa C-354/13, *Fag og Arbejde (FOA) c. Kommunernes Landsforening (KL)*.

Detta equiparazione produce effetti sulla qualificazione del licenziamento della persona che soffre di una malattia cronica, che potrà considerarsi, soltanto, o valido o nullo in quanto discriminatorio. Nel caso in cui non ricorrano tutti i requisiti necessari a considerare valido il licenziamento, il giudice non avrà altra possibilità che dichiararlo nullo, con il conseguente obbligo, in capo al datore di lavoro, di reintegrare il lavoratore. Verrebbe meno, dunque, la possibilità di risolvere il contratto di lavoro del lavoratore che soffra di una malattia cronica mediante pagamento di un indennizzo economico, quale effetto della qualificazione del licenziamento come illecito per mancanza di un giustificato motivo.

3. Obbligo di adattamento del posto di lavoro

L'articolo 5 della direttiva 2000/78/CE prevede l'obbligo in capo al datore di lavoro di effettuare gli adattamenti opportuni affinché le persone disabili possano accedere al lavoro, prendervi parte, crescere professionalmente o essere formate. Tra le modalità attraverso cui possono realizzarsi tali adattamenti, la norma individua, fra le altre, l'adeguamento dei locali, delle attrezzature, dei ritmi di lavoro, l'assegnazione di particolari mansioni o la predisposizione di servizi di formazione e inquadramento. L'estensione di tale obbligo gravante sul datore di lavoro ai casi in cui il lavoratore soffra di una malattia cronica dipende dall'assimilazione di quest'ultima alla disabilità, nonostante questa si sia realizzata con il caso *Danmark*. Sebbene questa sentenza non abbia trovato applicazione normativa negli Stati che in precedenza non riconoscevano tale tutela ai malati cronici, il tentativo di realizzare gli opportuni adattamenti è un tratto comune a tutti gli Stati nell'ambito della valutazione di legittimità del licenziamento oggettivo per incapacità sopravvenuta del lavoratore malato. L'obbligo di adattamento viene a rappresentare, così, la più importante tutela di cui quei lavoratori godono contro il licenziamento.

Nel Regno Unito, dove i malati cronici ricevono la medesima tutela delle persone con disabilità, nessun problema si pone con riferimento all'obbligo del datore di lavoro di realizzare gli adattamenti necessari previsti ai sensi della direttiva 2000/78/CE, essendo quest'ultimo espressamente ricompreso nell'*Equality Act* del 2010 (sezioni 20-21). Poiché, tuttavia, tale disposizione non procede all'elencazione delle misure da considerarsi adattamenti opportuni, per determinare quale sia il grado di ragionevolezza in ciascuna situazione concreta, il giudice dovrà fare riferimento alle persone che occupino la medesima posizione

del lavoratore malato e che non siano affette da disabilità⁽¹⁵⁾, potendo considerarsi ragionevoli quegli adattamenti destinati ad evitare una situazione di svantaggio a carico della persona malata rispetto a quella che si trovi in una condizione analoga. Dette misure comprenderebbero, tra le altre, l'adeguamento dei tempi e dei metodi di lavoro all'interno dell'impresa⁽¹⁶⁾.

Al contrario di quanto ci si possa aspettare, anche nel resto degli Stati in cui ai malati cronici non si applica la normativa relativa alle persone con disabilità, il datore di lavoro è obbligato ad adattare il lavoro alla persona, in particolare per quanto riguarda la progettazione delle postazioni, così come la scelta delle attrezzature e dei metodi di lavoro e produzione. Ciò si deve alla trasposizione dell'articolo 6, § 2, lettera *d*, della direttiva 89/391/CEE del 12 giugno 1989⁽¹⁷⁾, relativa all'applicazione di misure finalizzate alla promozione del miglioramento della salute e sicurezza dei lavoratori sul luogo di lavoro all'interno dei vari ordinamenti giuridici nazionali.

In particolare, per quanto riguarda la Spagna, dove l'obbligo di adattamento è previsto dall'articolo 15, comma 1, lettera *d*, della ley n. 31/1995 *de prevención de riesgos laborales*, l'articolo 25 della stessa legge impone al datore di lavoro di garantire in modo specifico la protezione di quei lavoratori i quali, in ragione delle loro personali caratteristiche, risultino particolarmente sensibili ai rischi derivanti dal lavoro. In concreto, non potranno essere destinati a quei posti di lavoro che esponano a situazioni di pericolo se stessi o i propri colleghi. Di conseguenza, una volta che il medico responsabile della sorveglianza sanitaria dichiara il lavoratore «idoneo, ma con limitazioni», allo svolgimento delle proprie mansioni, il datore di lavoro dovrà procedere ad adattare la postazione di lavoro e, ove questo non sia possibile, assegnarlo ad altra che non preveda l'esposizione a detti rischi. I malati cronici possono considerarsi ricompresi nella categoria dei lavoratori particolarmente sensibili e, dunque, tra gli aventi diritto a queste tutele. La dottrina segnala che nel caso in cui la trasformazione del posto di lavoro risultasse impossibile si potrebbe accedere ai meccanismi di mobilità funzionale o geografica, o alla modifica sostanziale delle con-

⁽¹⁵⁾ La disposizione parla di individuazione dello "step", vale a dire di un termine di paragone.

⁽¹⁶⁾ A. LAWSON, *Disability and Employment in the Equality Act 2010: Opportunities Seized, Lost and Generated*, in *ILJ*, 2011, vol. 40, n. 4, 364.

⁽¹⁷⁾ In *Boletín ADAPT*, 2015, n. 3.

dizioni di lavoro ⁽¹⁸⁾. A parere della giurisprudenza, invece, in mancanza di una protezione specifica per i malati cronici, in capo al datore di lavoro non sussiste un obbligo assoluto di adattamento del posto di lavoro alla persona, bensì solo in relazione all'attività di impresa e al processo produttivo, non potendosi esigere che lo stesso offra al lavoratore un nuovo posto di lavoro ⁽¹⁹⁾.

Una regolazione normativa simile a quella spagnola esiste in Italia ⁽²⁰⁾ e in Francia ⁽²¹⁾, anche se gli orientamenti della giurisprudenza e della dottrina vanno in un'altra direzione. Nel caso dell'Italia, la dottrina ritiene che dall'interpretazione del combinato disposto della normativa in materia di salute e sicurezza dei lavoratori e di quella relativa alle persone con disabilità, in rapporto con il decreto legislativo n. 216/2003, che recepisce la direttiva 2000/78/CE all'interno dell'ordinamento giuridico italiano, debba desumersi che l'adattamento del posto di lavoro non solo comprenda il trasferimento del lavoratore ad altro posto già esistente, ma possa anche comportare delle modifiche al modello organizzativo d'impresa ai fini della conservazione del posto di lavoro da parte di quest'ultimo ⁽²²⁾. Detta interpretazione è in linea con l'ampia nozione di "adattamenti ragionevoli" presente nella Convenzione Onu sui diritti delle persone con disabilità del 2006 che definisce gli adattamenti ragionevoli nell'articolo 2: «per adattamenti ragionevoli si intenderanno le modifiche e gli adeguamenti 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», ed è confermata dalla sen-

⁽¹⁸⁾ D. TOSCANI GIMÉNEZ, M. ALEGRE NUENO, *El despido por ineptitud del trabajador*, Tirant Lo Blanch, 2009, 110.

⁽¹⁹⁾ Tribunal superior de justicia de Navarra 25 marzo 2009, n. 442/2008.

⁽²⁰⁾ L'art. 42 del d.lgs. n. 81/2008 stabilisce che, nel caso in cui il lavoratore sia ritenuto da un medico inidoneo allo svolgimento delle mansioni specifiche del proprio posto di lavoro, il datore di lavoro è obbligato ad adibire il lavoratore, ove possibile, a mansioni equivalenti o, in difetto, a mansioni inferiori garantendo il trattamento corrispondente alle mansioni di provenienza. La medesima tutela è contenuta nell'art. 4 della l. n. 68/1999 sul diritto al lavoro dei disabili, il quale prevede l'obbligo in capo al datore di lavoro di adattare il posto di lavoro in caso di incapacità sopravvenuta del lavoratore.

⁽²¹⁾ Dove l'art. L1226-2 del *Code du travail* prevede l'obbligo per il datore di lavoro di realizzare gli adattamenti necessari affinché il lavoratore rimanga nell'impresa una volta che il medico del lavoro abbia dichiarato impossibile il ritorno dello stesso al suo precedente posto di lavoro.

⁽²²⁾ S. GIUBBONI, *op.cit.*, 306.

tenza della Corte di giustizia del 4 luglio 2013 ⁽²³⁾. L'obbligo di *repêchage* configurato per la Corte di cassazione come l'obbligo di adattamento del posto di lavoro prima di procedere al licenziamento oggettivo del lavoratore ⁽²⁴⁾ è espressione della "intangibilità" dell'organizzazione aziendale e, di conseguenza, dell'impossibilità di imporre al datore di lavoro l'obbligo di realizzare modifiche nella stessa. Questa prospettiva verrebbe in tal modo superata ritenendo che le modifiche ai modelli organizzativi fossero da ricomprendersi nella nozione ampia di adattamenti ragionevoli di cui alla Convenzione. La giurisprudenza francese accoglie questa impostazione e segnala che l'obbligo di adattamento non può ritenersi rispettato a fronte della sola constatazione dell'impossibilità di assegnare il lavoratore ad altro posto di lavoro esistente nell'impresa, prevedendo invece l'obbligo per il datore di lavoro di realizzare, secondo le indicazioni fornite dal medico del lavoro, gli opportuni adattamenti al sistema organizzativo d'impresa, per esempio mediante la modifica dell'orario di lavoro ⁽²⁵⁾. Nonostante quanto affermato dalla dottrina, esistono in Italia sentenze che continuano a sostenere che l'introduzione di una modalità di lavoro non presente nell'impresa non sia da ricomprendersi tra gli adattamenti ragionevoli cui è tenuto il datore di lavoro ⁽²⁶⁾.

Tuttavia, anche ove si accetti un'interpretazione ampia della nozione di "adattamenti ragionevoli", l'obbligo di adeguare il posto di lavoro non può avere carattere assoluto e incondizionato, posto che la stessa direttiva 2000/78/CE esonera il datore di lavoro da tale obbligo nel caso in cui lo stesso comporti un onere eccessivo. La valutazione della sproporzione della misura dovrà essere effettuata in funzione della dimensione, delle risorse finanziarie e del volume di affari dell'impresa. La direttiva precisa, però, che il costo non potrà essere considerato eccessivo nel caso in cui si ricevano fondi pubblici per questo scopo precipuo. La Corte di giustizia, nella sentenza *Danmark*, sottolinea che la stima dell'onere a carico del datore di lavoro per l'adattamento del posto di lavoro è compito che spetta ai tribunali di ciascuno Stato membro.

⁽²³⁾ Causa C-312/11, *Commissione europea c. Repubblica italiana*.

⁽²⁴⁾ Cass. 7 agosto 1998, n. 7755.

⁽²⁵⁾ Cour de cassation 16 septembre 2009, n. 08-42212.

⁽²⁶⁾ Trib. Ferrara 22 ottobre 2008, n. 219.

4. Malattie croniche e inidoneità sopravvenuta. Il licenziamento oggettivo

La possibilità di licenziare liberamente un lavoratore non esiste in nessuno degli Stati oggetto del presente studio, e ciò in quanto, in linea con la convenzione ILO n. 158/1982 relativa all'interruzione del rapporto di lavoro per iniziativa del datore di lavoro, si segue la teoria della causalità, secondo la quale affinché un licenziamento sia legittimo deve sussistere un motivo valido. Le ragioni che giustificano un licenziamento possono avere distinta natura ed essere relazionate con la figura del lavoratore o con le circostanze dell'impresa. La classificazione delle cause di licenziamento viene effettuata in modo diverso nei vari Stati dell'Unione europea. Una delle possibilità consiste nella suddivisione in due gruppi, includendo, nel primo, le circostanze personali del lavoratore rilevabili in maniera oggettiva, vale a dire a condizione che quest'ultimo non abbia colpa, e le circostanze economiche; e, nel secondo, i casi in cui il licenziamento sia dovuto, invece, alla presenza di colpa. È questo il caso di Spagna e Italia, mentre in Francia, benché anche qui si individuino due gruppi di cause, queste si dividono in modo diverso: da una parte, si collocano quelle relazionate con la persona del lavoratore, – comprensive sia dei casi in cui ricorre colpa del lavoratore, sia di quelli di carattere oggettivo – e, dall'altra, quelle di natura economica. In Germania si distinguono due tipi di motivi che giustificano il licenziamento: quelli relazionati con la persona o con il suo comportamento e quelli economici ⁽²⁷⁾. Caso totalmente distinto è quello del Regno Unito, in cui l'*Employment Relations Act* del 1996 individua le cause che possono dar luogo ad un licenziamento valido (*fair dismissal*) senza utilizzare le classificazioni presenti negli altri Stati, bensì accorpando, ad esempio, le circostanze relazionate con la persona del lavoratore a quelle che determinano la cessazione del contratto a tempo determinato. Paiono confondersi, in tal modo, le cause soggettive e oggettive di licenziamento.

Questo quadro generale della disciplina del licenziamento risulta utile ai fini del presente studio, in particolare per determinare quale sia la via da percorrere per estinguere il rapporto di lavoro di un lavoratore parzialmente inabile al lavoro a causa della malattia di cui soffre. In mancanza di colpa da parte di quest'ultimo, il licenziamento potrà realizzarsi unicamente attraverso la modalità basata sulle circostanze personali

⁽²⁷⁾ M. PEDRAZZOLI (a cura di), *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Riconoscimenti e confronti*, Franco Angeli, 2014, 296.

oggettivamente rilevabili, che in Spagna e in Italia ricevono il nome di licenziamento oggettivo. In linea generale, questo tipo di licenziamento si giustifica con il fatto che il lavoratore perde le capacità necessarie per svolgere le mansioni tipiche del proprio posto di lavoro, circostanza, questa, che può dipendere da diverse cause, ma non da un colpevole inadempimento lavorativo.

Il licenziamento dovuto a circostanze personali del lavoratore viene regolato diversamente nei vari ordinamenti giuridici europei. Nella maggior parte degli Stati la regolamentazione avviene in modo generico, vale a dire senza che vengano raccolte in un elenco tassativo le possibili cause dello stesso. È quanto avviene, ad esempio, in Francia e Italia, in cui l'obiettivo è quello di attribuire una più ampia discrezionalità al giudice rispetto al caso concreto. Per quanto riguarda la Spagna, invece, l'ET effettua un elenco delle cause di questo tipo che giustificano l'estinzione del rapporto di lavoro, tra le quali si trovano ricomprese l'inidoneità sopravvenuta del lavoratore e le assenze dal lavoro a carattere intermittente. In tal modo, e con riferimento all'oggetto del presente lavoro, negli Stati in cui non si utilizza il sistema dell'elenco, la possibilità di addurre l'inidoneità del lavoratore quale causa di licenziamento per giustificato motivo è stata creata a livello dottrinale e giurisprudenziale.

In particolare, in Francia il *Code du travail* (articolo L1232-1) si limita a prevedere che, affinché il licenziamento basato su motivi personali sia valido, debba ricorrere una *cause réelle et sérieuse*, senza però fornire una definizione della stessa. A colmare un tale vuoto è intervenuta la dottrina, delineando i contorni della fattispecie e stabilendo che, affinché la causa possa considerarsi reale, debbano ricorrere tre requisiti: oggettività (fatti oggettivi e determinati, suscettibili di tradursi in manifestazioni esteriori concretamente verificabili); certezza (fatti realmente esistenti e suscettibili di essere provati in giudizio); esatta corrispondenza (i motivi addotti dal datore di lavoro devono corrispondere esattamente a quelli del licenziamento). Quando si richiede che la causa sia seria, si intende che questa sia di una certa gravità, vale a dire tale da rendere impossibile la prosecuzione del contratto di lavoro, risultando il licenziamento l'unica via percorribile per evitare un danno all'impresa. La giurisprudenza fa rientrare la *insuffisance professionnelle*, relativa allo scarso rendimento, e la *insuffisance de résultats*, relativa al mancato raggiungimento di risultati, tra i motivi di carattere personale che giustificano il licenziamento oggettivo, a condizione che siano rilevabili mediante circostanze oggettive e verificabili e producano ripercussioni negative sull'organizzazione del lavoro. Nei casi in cui la malattia

dia luogo a tali mancanze dal punto di vista professionale, sia per la perdita di capacità lavorative, sia per il maggior numero di assenze che essa comporta, il datore di lavoro potrà licenziare il lavoratore.

Neppure in Italia si elencano le cause di licenziamento oggettivo, visto che l'articolo 3 della legge n. 604/1966 sui licenziamenti individuali si limita a prevedere la possibilità che il datore di lavoro licenzi il lavoratore a fronte dell'esistenza di un motivo oggettivo, in caso di notevole inadempimento dei suoi obblighi contrattuali, o per ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro o al regolare funzionamento dell'azienda, senza formulare, però, alcun esempio. È questo il motivo per cui si attribuisce alla giurisprudenza il compito di delineare le cause del licenziamento oggettivo. La malattia può giustificare il licenziamento per due ragioni differenti, vale a dire per incapacità sopravvenuta del lavoratore⁽²⁸⁾ o per scarso rendimento. In primo luogo, per potersi considerare ricompresa la malattia cronica nell'ambito del concetto di inidoneità sopravvenuta, la giurisprudenza italiana ha evidenziato come non sia sufficiente che il lavoratore soffra di una malattia per dichiararlo inidoneo, bensì è necessario che la stessa sia tale da comportare una incapacità in relazione allo svolgimento delle mansioni tipiche del posto di lavoro. Non potrà prescindersi, dunque, dall'analisi della fattispecie concreta e, ad ogni modo, in nessun caso un licenziamento oggettivo basato sul fatto di soffrire di una malattia, qualunque essa sia, potrà considerarsi lecito se questa non comporta una perdita di capacità da parte del lavoratore. In secondo luogo, per quanto riguarda lo scarso rendimento, questo può derivare dall'assenza reiterata dal lavoro a causa del fatto di soffrire di una malattia, e ciò anche quando, pur non essendo stato superato il periodo di comporto, sia comunque venuta meno l'utilità della prestazione per il datore di lavoro, il quale, dunque, avrebbe una ragione oggettiva per licenziare⁽²⁹⁾. Le assenze reiterate, benché non volontarie, comportano un calo del rendimento ogni qualvolta il datore di lavoro dimostri che le stesse determinano uno squilibrio tra gli obiettivi di produzione fissati nel contratto di lavoro e quelli effettivamente conseguiti dal lavoratore malato, utilizzando come termine di paragone la media dei risultati complessivi del resto dei lavoratori. In tal caso, dunque, il licenziamento non si basa sulla malattia del lavoratore ma sull'assenza dal lavoro che la stessa determina, nonché sugli effetti negativi che ne conseguono in termini di produttività aziendale.

⁽²⁸⁾ Cass. n. 7755/1998, cit.

⁽²⁹⁾ Cass. 4 settembre 2014, n. 18678.

Esiste in Italia una tesi dottrinale secondo cui il fatto che la legge n. 604/1966 faccia riferimento espresso a situazioni oggettive sta a significare che debba prescindersi totalmente dalla figura del lavoratore, le cui circostanze personali in nessun caso potrebbero giustificare un licenziamento di questo tipo, dovendo piuttosto ricorrere ai principi generali del diritto delle obbligazioni. In tal senso, l'articolo 2110 c.c. prevede la possibilità per il datore di lavoro di recedere dal contratto una volta decorso il periodo di comporto, senza necessità di provare l'esistenza di una ragione oggettiva, l'incapacità sopravvenuta del lavoratore o l'impossibilità di assegnarlo a un differente posto di lavoro.

In Germania è contemplata la possibilità di ricondurre al licenziamento oggettivo per motivi personali quelle circostanze in cui il lavoratore soffre di una malattia che gli impedisca di prestare servizio nei termini contrattualmente pattuiti o che, in previsione di un probabile aggravamento, si ritiene possa produrre tali effetti in futuro (articolo 8 dell'*Entgeltfortzahlungsgesetz* – EFZG) ⁽³⁰⁾. In tal senso, la malattia determina la risoluzione del contratto di lavoro ogni qualvolta l'interesse dell'impresa sia soggetto a notevole pregiudizio. La giurisprudenza segnala i requisiti di cui tener conto laddove si intenda procedere al licenziamento di un lavoratore basato sulla sua malattia: l'esistenza di una prognosi negativa e di un serio pregiudizio per gli interessi dell'impresa e del datore di lavoro ⁽³¹⁾. Spetterà dunque al giudice, all'esito della ponderazione degli interessi in conflitto per ciascun caso concreto, pronunciarsi sulla liceità del licenziamento. Quest'ultimo si riterrà parimenti giustificato quando si verifichi un calo del rendimento dovuto alla malattia o alle assenze che ne conseguono, quando vi sia prova, in entrambi i casi, dell'impossibilità di un ricollocamento del lavoratore.

In Spagna, benché l'inidoneità sopravvenuta del lavoratore trovi espresso richiamo nell'articolo 52, comma 1, ET tra i motivi che giustificano il licenziamento oggettivo, in mancanza, però, di una definizione della stessa, è spettato a dottrina e giurisprudenza, come avvenuto in Italia, Francia e Germania, fornirne una definizione. Viene dunque stabilito che la stessa debba essere:

- 1) a carattere permanente e non meramente temporanea;
- 2) reale e non simulata, posto che ciò comporterebbe un inadempimento contrattuale da parte del lavoratore;

⁽³⁰⁾ Si veda R. SANTAGATA, *op.cit.*, 890.

⁽³¹⁾ LAGA, *International Dismissal Survey*, 2012, 55.

- 3) a carattere generale, vale a dire tale da incidere sul complesso delle mansioni assegnate o, quantomeno, sulle principali e prevalenti, quelle, cioè, che rappresentano il contenuto essenziale dell'attività lavorativa;
- 4) di sufficiente entità, tale da comportare una capacità inferiore alla media ⁽³²⁾. Per misurare il rendimento normale di lavoro si può fare riferimento a parametri oggettivi sulla produttività in alcune aziende, ovvero ai contratti collettivi che contengono regole per rilevare la produzione corrispondente a un determinato periodo di tempo;
- 5) imputabile al lavoratore, anche se indipendente dalla sua volontà, per cui non può essere dovuta ad una organizzazione difettosa degli strumenti di lavoro.

Pertanto, nella misura in cui la malattia cronica del lavoratore gli impedisca di svolgere le mansioni tipiche del proprio posto di lavoro con conseguente riduzione del proprio rendimento, sempre che ricorrano i requisiti individuati dalla giurisprudenza e dalla dottrina, il rapporto di lavoro potrà essere lecitamente risolto mediante licenziamento oggettivo per inidoneità sopravvenuta, e ciò in quanto, venuta meno la capacità di svolgere la prestazione pattuita, parimenti viene meno l'obbligo in capo al datore di lavoro di proseguire nel rapporto ⁽³³⁾. Inoltre, nel caso in cui la malattia dia luogo a episodi di assenteismo, l'articolo 52, lettera d, ET consente al datore di lavoro di licenziare il lavoratore per questo motivo, quando cioè si assenti dal lavoro in modo intermittente, a prescindere dal fatto che sussista una giustificazione per tali assenze. Ai sensi di tale articolo, introdotto dal real decreto-ley n. 3/2012 *de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, le assenze devono raggiungere il 20% dei giorni lavorativi in 2 mesi consecutivi sempre che il totale, nei 12 mesi precedenti, raggiunga il 5% dei giorni lavorativi o il 25% in 4 mesi discontinui in un periodo di 12 mesi. In questo caso, dunque, il licenziamento trova giustificazione nell'elevato costo economico che comportano, per il datore di lavoro, le continue assenze del lavoratore, indipendentemente dal motivo che le determina e, di conseguenza, non si basa direttamente sulla malattia ma sugli effetti che questa produce.

Nel Regno Unito, al pari di quanto avviene in Spagna, la sezione 98 dell'*Employment Rights Act* del 1996 indica tra le cause che possono

⁽³²⁾ In questo senso, V. MANTECA VALDELANDE, *Despido en que la causa aducida por la empresa no se corresponde con la causa real del despido*, in *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2008, n. 758, 3.

⁽³³⁾ D. TOSCANI GIMÉNEZ, M. ALEGRE NUENO, *op.cit.*, 108.

dar luogo ad un licenziamento valido (*fair dismissal*) la capacità del lavoratore, facendo però un passo ulteriore rispetto alla disciplina spagnola nel momento in cui fornisce una definizione di capacità in rapporto alle abilità del lavoratore, alle sue attitudini, alla sua salute o ad altre qualità fisiche o mentali. Ne deriva che, in tal caso, la malattia rientra perfettamente nella fattispecie del licenziamento del lavoratore dovuto a perdita della sua capacità.

Affinché il licenziamento sia valido, oltre al venir meno della capacità del lavoratore di svolgere le mansioni tipiche del proprio posto di lavoro, il datore di lavoro deve aver constatato l'impossibilità di realizzare quei ragionevoli adattamenti che potrebbero consentirne la permanenza in azienda. Detta esigenza è sorta in Italia, Germania, Spagna e Francia a livello giurisprudenziale, non essendovi, infatti, alcuna norma che lo preveda. In Italia con le sentenze della Corte di cassazione del 14 giugno 2005, n. 12769, e del 2 agosto 2013, n. 18535. Nel caso della Spagna la sentenza del Tribunal superior de justicia di Madrid del 14 gennaio 2013, n. 4701/12, segnala che l'obbligo di adattamento imposto dalla ley n. 31/1995 non è meramente teorico, bensì trattasi di una disposizione imperativa, di modo tale che il datore di lavoro non può limitarsi a licenziare per inidoneità sopravvenuta senza avervi adempiuto⁽³⁴⁾. Dal canto suo, nel Regno Unito la sezione 21 dell'*Equality Act* del 2010 segnala espressamente che il datore di lavoro che non rispetti l'obbligo di realizzare i ragionevoli adattamenti, quando un lavoratore soffra di una malattia, commette un atto discriminatorio. Tuttavia, ove si accerti che la malattia del lavoratore abbia determinato un'incapacità al lavoro non colmabile mediante la realizzazione di adattamenti, il datore di lavoro è legittimato a portare a termine un licenziamento oggettivo valido, posto che, se gli si imponesse di mantenere un lavoratore non più in grado di svolgere alcuna delle mansioni relazionate con l'attività economica dell'azienda, si entrerebbe in conflitto con il principio della libertà d'impresa. Al contrario, laddove il licenziamento si basi unicamente sul fatto che il lavoratore soffra di una malattia e il datore di lavoro non abbia verificato l'influenza che questa produce sull'idoneità al lavoro dello stesso ovvero non abbia provato a realizzare gli opportuni adattamenti, quello sarà da considerarsi illecito o nullo, a seconda che nel singolo Stato esista o meno equiparazione tra malattia cronica e disabilità.

⁽³⁴⁾ In tal senso, A. MORENO SOLANA, *Las diversas controversias que se plantean en torno a los trabajadores especialmente sensibles*, in *Revista de Información Laboral*, 2014, n. 7, 112.

5. Conclusioni

Dall'analisi delle normative dei vari Stati sul licenziamento basato su una malattia cronica emerge che, nonostante la tutela di questi lavoratori sia maggiore in quegli ordinamenti in cui sia espressamente previsto il divieto di discriminazione in ragione dello stato di salute, o in quelli in cui la malattia cronica viene equiparata alla disabilità, neppure in questi casi, tuttavia, esiste un divieto assoluto di licenziare i malati cronici né un obbligo pieno di realizzare gli adattamenti necessari a consentire loro di mantenere il posto di lavoro. Di conseguenza, il fatto di ricomprendere la malattia tra i motivi di discriminazione non è di per sé sufficiente a risolvere il problema dell'uscita di tali lavoratori dal mercato del lavoro.

Nel caso in cui il lavoratore soffra di una malattia cronica che non gli consenta di svolgere il proprio lavoro allo stesso modo di prima, entrano in conflitto due interessi meritevoli di protezione: da un lato, la libertà d'impresa e, dall'altro, il diritto all'uguaglianza di questi lavoratori. Pertanto, l'imposizione di un obbligo assoluto in capo al datore di lavoro di mantenere il lavoratore che ha perduto la propria capacità di svolgere le mansioni tipiche dell'attività economica dell'azienda risulterebbe incompatibile con la libertà d'impresa.

La soluzione per cercare di trovare un punto di equilibrio tra gli interessi del lavoratore e del datore di lavoro passerebbe per la messa in atto di politiche attive del lavoro, che aiutino a potenziare le capacità di cui i malati cronici sono ancora dotati, piuttosto che concentrarsi su quelle che hanno perduto. Soltanto così al datore di lavoro può risultare attrattivo mantenere il lavoratore presso la propria azienda. Il ricorso a politiche attive del lavoro svolge un ruolo chiave per permettere la conservazione del posto di lavoro da parte dei malati cronici, a fronte dell'incidenza che stanno avendo e che sempre più avranno in futuro le malattie di questa natura, aiutando anche a garantire, in tal modo, la sostenibilità dei sistemi di previdenza sociale.

Malattie croniche e licenziamento del lavoratore: una prospettiva comparata – Riassunto. *In un contesto in cui le malattie croniche colpiscono una percentuale sempre maggiore della popolazione attiva, il licenziamento dei lavoratori che ne sono affetti, incide direttamente sulla riduzione della stessa. Questa situazione, in uno con l'invecchiamento della popolazione attiva, rappresenta una minaccia per la sostenibilità dei sistemi di previdenza sociale. L'A. analizza nel presente lavoro le diverse ipo-*

tesi in cui il licenziamento di un lavoratore affetto da malattia cronica possa dirsi giustificato, effettuando a tal fine una comparazione tra gli ordinamenti giuridici di vari Stati membri dell'Unione europea. Quel che emerge, nella maggior parte dei casi, è la contrapposizione tra l'interesse del lavoratore a non essere discriminato, e la libertà d'impresa, laddove, invece, la soluzione più opportuna sarebbe quella di adottare politiche attive volte a potenziare quelle abilità che il lavoratore ancora possiede, e superare, così, l'attuale regime del licenziamento oggettivo dovuto a circostanze personali.

Chronic Diseases and Dismissal: a Comparative Perspective (Article in Spanish)

– **Summary.** *The dismissal of workers with chronic diseases and the ageing of the population have a negative impact on employment levels and threaten the sustainability of welfare systems. Taking this assumption as a starting point, this paper considers the case when the termination of employees affected by chronic diseases is legally justified, providing a comparison between different legislation in a number of EU Member States. What emerges from the analysis is that some competing interests exist between workers' willingness not to be treated differently and employers' freedom to dismiss their employees. The implementation of active policies would represent the best solution for both parties. These measures should improve the skills sick workers can still rely on, in order to prevent those situations when workers' dismissal is motivated by their supervening inability to perform their duties.*