

L'accesso "preferenziale" al lavoro agile tra disabilità e condizione di fragilità: analogie e differenze

Preferential access to agile working between disability and frailty: similarities and differences

Matteo Turrin

Ricercatore di Diritto del lavoro nell'Università di Bologna

SOMMARIO: 1. Fragilità e disabilità a confronto. – 2. Il "diritto" dei lavoratori fragili allo smart working. – 3. Disabilità, ragionevoli accomodamenti e lavoro agile. – 4. Cenni sulla figura del caregiver nella legislazione e nella giurisprudenza recenti. – 5. Considerazioni conclusive.

Sinossi: Due recenti pronunce di merito – la prima del Tribunale di Roma, l'altra del Tribunale di Trieste – offrono l'occasione di comparare le nozioni di fragilità e di disabilità, mettendo altresì a confronto le diverse tutele previste per il prestatore di lavoro che ne è affetto. Utilizzando quale chiave di lettura l'istituto del lavoro agile, l'Autore mette quindi in luce come dietro le due condizioni di disabilità e fragilità si nasconda un diverso bilanciamento tra tutela della salute, diritto al lavoro e libertà di organizzazione dell'impresa.

Abstract: *Two recent judgements – the first by the Tribunal of Rome, the other by the Tribunal of Trieste – offer the opportunity to compare the notions of frailty and disability, as well as the different protections that derive from them for employees suffering from such conditions. Using the legal institution of agile working as a key to understanding, the Author thus highlights how behind the two conditions of disability and frailty lies a different balance between health protection, the right to work and the freedom to conduct a business.*

Parole chiave: Lavoro agile – Fragilità – Disabilità – Accomodamenti ragionevoli – Caregiver – Libertà d'impresa

Keywords: Agile working – Frailty – Disability – Reasonable accommodation – Caregiver – Freedom to conduct a business

1. Fragilità e disabilità a confronto

Due recenti pronunce di merito – la prima del Tribunale di Roma¹, l'altra del Tribunale di Trieste² – ci offrono l'occasione di riflettere sulle diverse implicazioni derivanti dall'accertamento della condizione di fragilità piuttosto che dello *status* di lavoratore con disabilità, consentendoci così di far luce sugli elementi che per un verso accomunano e per l'altro distinguono le due differenti condizioni³.

Chiave di lettura delle nozioni di disabilità e di fragilità, nonché delle implicazioni che ne derivano sul piano del rapporto di lavoro, sarà il lavoro agile, oggetto del contendere tanto nel caso deciso dal Tribunale di Roma quanto in quello sul quale si è pronunciato il Tribunale di Trieste.

2. Il “diritto” dei lavoratori fragili allo smart working

Nel caso deciso dal Tribunale di Trieste, una lavoratrice agiva contro la società datrice di lavoro allo scopo di vedersi riconosciuto il diritto a svolgere integralmente la prestazione di lavoro in modalità agili in quanto affetta da patologia che, a suo dire, avrebbe integrato la condizione di fragilità.

A questo proposito, giova ricordare come nel contesto dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 il legislatore abbia via via riconosciuto diverse forme di tutela nei confronti dei lavoratori fragili, da intendersi come quelli più esposti al contagio e la cui salute rischiava – e rischia tuttora – di essere seriamente compromessa dal virus⁴.

Peraltro, quella dei fragili è una categoria i cui confini non sono di facile individuazione⁵, avendo il legislatore in un primo momento mancato di darne una chiara definizione, salvo poi adottare addirittura plurime definizioni, ciascuna avente un proprio specifico ambito di rilevanza⁶. Così, ad esempio, l'art. 17, comma 2, d.l. 24 dicembre 2021, n. 221, convertito

¹ Cfr. Trib. Roma 18 dicembre 2023, in *Newsletter Wikilabour*, n. 1/2024.

² Cfr. Trib. Trieste 21 dicembre 2023, in *Boll. Adapt*, n. 1/2024.

³ Per un primo commento alle due sentenze in parola v. CUCCHISI, *Il diritto al lavoro agile fra accomodamenti ragionevoli e normativa emergenziale. Spunti dalla recente giurisprudenza di merito*, in *Boll. Adapt*, n. 7/2024.

⁴ Sui lavoratori fragili, nonché sulle forme di tutela apprestate nei loro confronti durante l'emergenza pandemica, si vedano: BONO, *Un virus che discrimina: la tutela dei lavoratori fragili e dei prestatori di assistenza ai tempi del Covid*, in *RGL*, 2021, 3, 429 ss.; FERRARA, *Il lavoratore fragile tra nuove tutele ed emergenti sfide: il fattore età*, in *RGL*, 2021, 2, 239 ss.; CARACCILO, *Patologie croniche e lavoratori fragili*, in BROLLO, DEL CONTE, MARTONE, SPINELLI (a cura di), *Lavoro agile e smart working nella società post-pandemica. Profili giuslavoristici e di relazioni industriali*, ADAPT University Press, 2022, 127 ss.; BROLLO, *Fragilità e lavoro agile*, in *LDE*, 2022, 1; EAD., *Lavoro agile per i lavoratori fragili: lezioni dalla pandemia*, in *ADL*, 2022, 3, 405 ss.; PASCUCCI, *L'emersione della fragilità nei meandri della normativa pandemica: nuove sfide per il sistema di prevenzione?*, in *RDSS*, 2023, 4, 691 ss. Sia infine consentito il rinvio a TURRIN, *La tutela dei lavoratori fragili nel diritto dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 e oltre*, in *LDE*, 2021, 2, *passim*.

⁵ Cfr., a titolo esemplificativo, BROLLO, *Lavoro agile per i lavoratori fragili: lezioni dalla pandemia*, cit., 413 ss.

⁶ Cfr., ad esempio, PASCUCCI, op. cit., *passim*.

con modificazioni in l. 18 febbraio 2022, n. 11, ha previsto l'emanazione di un apposito decreto attraverso il quale individuare «le patologie croniche con scarso compenso clinico e con particolare connotazione di gravità, in presenza delle quali ricorre la condizione di fragilità». Ha fatto quindi seguito l'emanazione del d.m. 4 febbraio 2022⁷, il quale, individuando le patologie e le altre condizioni di salute in presenza delle quali la prestazione lavorativa è normalmente svolta in modalità agili, ha in qualche modo circoscritto il concetto di fragilità, seppur unicamente con riferimento allo *smart working*⁸. Ancora diversa, benché riferita ugualmente al "diritto" al lavoro agile, è la nozione di fragilità di cui all'art. 90, comma 1, d.l. 19 maggio 2020, n. 34, convertito con modificazioni in l. 17 luglio 2020, n. 77, che – infatti – prescinde dall'elenco di patologie ed altre condizioni di salute individuate dal d.m. 4 febbraio 2022. Tanto basti per farsi un'idea di quanto sia sfuggente il concetto in discorso. Volendo, comunque, provare a darne una definizione, può dirsi che «il concetto di fragilità va [...] individuato in quelle condizioni dello stato di salute del lavoratore rispetto alle patologie preesistenti che potrebbero determinare, in caso di infezione, un esito più grave o infausto e può evolversi sulla base di nuove conoscenze scientifiche sia di tipo epidemiologico sia di tipo clinico»⁹. Cionondimeno, va ripetuto come la nozione di fragilità – e, di conseguenza, la platea di soggetti interessati – muti al variare della disposizione considerata, avendo il legislatore rinunciato ad adottare una definizione univoca ed immutabile nel tempo. Non a caso, si è affermato che nell'ordinamento sono emerse «due prospettive della fragilità, fra loro non molto dissimili, ma con possibili differenti effetti, con la distinzione dei lavoratori fragili in due categorie, ribattezzate nella vulgata giornalistica come "super fragili" e "semplici fragili"»¹⁰.

Tanto chiarito, si ricordi come tra le garanzie e le forme di tutela apprestate nei confronti dei fragili un ruolo di primo piano sia stato giocato proprio dal "diritto" al lavoro agile, il quale ha infatti consentito di salvaguardare la salute di questi soggetti, garantendo loro al contempo la prosecuzione dell'attività lavorativa, purché remotizzabile¹¹. Tale diritto, benché diversamente modulato, è stato più e più volte prorogato nel tempo anche oltre la cessazione dello stato di emergenza connesso all'epidemia da Covid-19. L'efficacia di tale diritto nella versione di cui all'art. 90, comma 1, d.l. n. 34/2020 è stata da ultimo prorogata al 31 marzo 2024, peraltro limitatamente ai soli lavoratori del settore privato¹². Non sembra, ma il condizionale è d'obbligo, che ci saranno ulteriori proroghe. Tale scelta, a

⁷ Sui contenuti del decreto v. PASCUCCI, op. cit., 701 ss. e BROLLO, *Fragilità e lavoro agile*, cit., 2 ss.

⁸ Tale provvedimento, a quanto consta, risulta da ultimo indirettamente richiamato dall'art. 1, comma 306, l. 29 dicembre 2022, n. 197.

⁹ Circ. congiunta del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali e del Ministero della Salute 4 settembre 2020, n. 13.

¹⁰ PASCUCCI, op. cit., 701. In termini analoghi, in precedenza, anche FERRARA, op. cit., 241 e BROLLO, *Lavoro agile per i lavoratori fragili: lezioni dalla pandemia*, cit., 413 ss.

¹¹ Cfr., *ex multis*, PASCUCCI, op. cit., 715 ss. e BROLLO, *Lavoro agile per i lavoratori fragili: lezioni dalla pandemia*, cit., 416 ss., nonché TURRIN, op. cit., 11 ss.

¹² Cfr. l'art. 18-bis d.l. 18 ottobre 2023, n. 145, convertito con modificazioni in l. 15 dicembre 2023, n. 191.

prima vista, potrà sembrare coerente rispetto al mutato quadro epidemiologico, ovvero al superamento dell'emergenza pandemica. Tuttavia, «la fine certificata della pandemia non ha automaticamente scongiurato i rischi del virus per certi soggetti fragili ed è in tal senso che possono leggersi le disposizioni che hanno prorogato l'accesso al lavoro agile ben oltre la fine dello stato di emergenza, assecondando quelle proposte dottrinali secondo cui i soggetti che presentano le condizioni che li hanno resi fragili durante la pandemia dovrebbero poter disporre anche in futuro di tutele come il lavoro agile»¹³. Da questo punto di vista, la scelta di non prorogare ulteriormente l'efficacia di tale diritto appare discutibile, poiché quella di fragilità non sembra una condizione la cui rilevanza nel tempo possa essere circoscritta al perdurare di questa piuttosto che di quella emergenza sanitaria¹⁴. Anche la scelta di protrarre l'efficacia nel tempo di tale diritto unicamente a vantaggio dei lavoratori del settore privato risulta quantomeno opinabile, se non proprio irragionevole, introducendo ingiustificate disparità di trattamento tra i lavoratori del settore privato e quelli del settore pubblico¹⁵. Se non altro, la Direttiva del Ministro per la Pubblica Amministrazione 29 dicembre 2023¹⁶, nel confermare tale scelta, ha perlomeno avuto il merito di «evidenziare la necessità di garantire, ai lavoratori che documentino gravi, urgenti e non altrimenti conciliabili situazioni di salute, personali e familiari, di svolgere la prestazione lavorativa in modalità agile, anche derogando al criterio della prevalenza dello svolgimento della prestazione lavorativa in presenza»¹⁷. Necessità – quest'ultima – che appare oltretutto coerente con quanto affermato dall'art. 7, comma 3, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, ai sensi del quale «le amministrazioni pubbliche individuano criteri certi di priorità nell'impiego flessibile del personale, purché compatibile con l'organizzazione degli uffici e del lavoro, a favore dei dipendenti in situazioni di svantaggio personale, sociale e familiare e dei dipendenti impegnati in attività di volontariato ai sensi della legge 11 agosto 1991, n. 266»¹⁸. Tornando ora al caso sul quale è stato chiamato a pronunciarsi il Tribunale di Trieste, deve dirsi come la lavoratrice abbia invocato in giudizio proprio l'applicazione del suddetto art. 90, comma 1, d.l. n. 34/2020, disposizione ai sensi della quale il «diritto allo svolgimento

¹³ PASCUCCI, op. cit., 716.

¹⁴ Dello stesso pensiero, tra gli altri, anche BROLLO, *Lavoro agile per i lavoratori fragili: lezioni dalla pandemia*, cit., 426 ss. Cfr., inoltre, TURRIN, op. cit., 22 ss.

¹⁵ Per questi ultimi il diritto al lavoro agile è stato da ultimo prorogato al 31 dicembre 2023 dall'art. 8, comma 1, d.l. 29 settembre 2023, n. 132, convertito con modificazioni in l. 27 novembre 2023, n. 132.

¹⁶ Sui contenuti della Direttiva v. DI GIOIA, *Lavoro agile per i dipendenti pubblici cd. "fragili": uno sguardo alla nuova direttiva del ministero della funzione pubblica*, in *Boll. Adapt*, n. 4/2024.

¹⁷ Il criterio della prevalenza dello svolgimento della prestazione lavorativa in sede rispetto a quella eseguita in modalità agili per i lavoratori delle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 trova riscontro in molteplici disposizioni normative e, da ultimo, nell'art. 4, comma 1, lett. b), n. 2, d.m. 30 giugno 2022, n. 132.

¹⁸ In termini simili si esprime anche la contrattazione collettiva nazionale di comparto, la quale, rispetto alla legge, ha però il pregio di riferirsi espressamente al lavoro agile. Cfr., ad esempio, l'art. 37, comma 3, CCNL Funzioni Centrali 2019-2021, ove infatti si afferma che «fermi restando i diritti di priorità sanciti dalle normative tempo per tempo vigenti e l'obbligo da parte dei lavoratori di garantire prestazioni adeguate, l'amministrazione [...] avrà cura di facilitare l'accesso al lavoro agile ai lavoratori che si trovino in condizioni di particolare necessità, non coperte da altre misure».

delle prestazioni di lavoro in modalità agile è riconosciuto, sulla base delle valutazioni dei medici competenti, anche ai lavoratori maggiormente esposti a rischio di contagio da virus SARS-CoV-2, in ragione dell'età o della condizione di rischio derivante da immunodepressione, da esiti di patologie oncologiche o dallo svolgimento di terapie salvavita o, comunque, da comorbilità che possono caratterizzare una situazione di maggiore rischiosità accertata dal medico competente, nell'ambito della sorveglianza sanitaria di cui all'articolo 83 del presente decreto, *a condizione che tale modalità sia compatibile con le caratteristiche della prestazione lavorativa*» (corsivo dell'A.). Meritevole di particolare attenzione è proprio l'ultimo periodo della disposizione in parola, la quale subordina il "diritto" al lavoro agile – che, quindi, non è da intendersi in senso assoluto, né pertanto come diritto potestativo – alla compatibilità di quest'ultimo rispetto alle caratteristiche della prestazione resa dal lavoratore. Infatti, a differenza di altre disposizioni che pure hanno riconosciuto un "diritto" al lavoro agile, l'art. 90, comma, 1 d.l. n. 34/2020 non impone al datore di lavoro di modificare le mansioni del prestatore di lavoro pur di consentirgli di rendere la propria prestazione a distanza. In quest'ultimo senso, al contrario, si esprimevano tanto l'art. 26, comma 2-bis, d.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito con modificazioni in l. 24 aprile 2020, n. 27, quanto l'art. 1, comma 306, l. 29 dicembre 2022, n. 197, norma secondo cui, fino al 31 dicembre 2023, per i lavoratori dipendenti pubblici e privati affetti dalle patologie e condizioni individuate dal d.m. 4 febbraio 2022, «il datore di lavoro assicura lo svolgimento della prestazione lavorativa in modalità agile anche attraverso l'adibizione a diversa mansione compresa nella medesima categoria o area di inquadramento, come definite dai contratti collettivi di lavoro vigenti, senza alcuna decurtazione della retribuzione in godimento». Evidentemente, rispetto alle disposizioni da ultimo richiamate, l'art. 90, comma 1, d.l. n. 34/2020 – applicabile *ratione temporis* alla fattispecie decisa dal Tribunale di Trieste – realizza un diverso bilanciamento tra tutela della salute, diritto al lavoro e libertà di organizzazione dell'impresa. Di tale diverso bilanciamento se n'è avveduto anche il giudice triestino, secondo cui, infatti, «il diritto in questione è affermato dalla normativa soprarichiamata in modo non assoluto»¹⁹. Ciò, peraltro, non esclude che il giudice possa – e debba, anzi – procedere ad un controllo giurisdizionale in merito alla compatibilità delle mansioni svolte dal lavoratore rispetto al lavoro agile.

Infatti, accertata la sussistenza delle "condizioni soggettive" integranti il "diritto" al lavoro agile, nel caso di specie la condizione di fragilità, l'analisi del giudice di merito si è concentrata sulla verifica della ricorrenza di quelle che potremmo definire "condizioni oggettive" poste dall'art. 90, comma 1, d.l. n. 34/2020, ovvero la compatibilità tra mansioni svolte e lavoro agile. Secondo l'orientamento giurisprudenziale prevalente, tale compatibilità andrebbe verificata "in astratto"²⁰, nel senso che sarebbe sufficiente accertare che la

¹⁹ In termini analoghi, v. già Trib. Roma, 5 ottobre 2020, in *ADL*, 2021, 2, 446, con nota di FIATA, *Pandemia, smart working e lavoratori fragili: è davvero un diritto?*

²⁰ In questi termini, ad esempio, Trib. Roma, 28 ottobre 2020, in *ADL*, 2021, 2, 448, con nota di FIATA. Dello stesso avviso, pur

prestazione di lavoro possa essere tecnicamente svolta da remoto o, comunque, che per le caratteristiche delle mansioni assegnate non sia richiesta l'effettiva presenza del lavoratore sul luogo di lavoro²¹. Il Tribunale di Trieste, tuttavia, ha fatto proprio quell'indirizzo minoritario secondo cui «la valutazione sulla compatibilità della prestazione resa in modalità di lavoro agile va [...] effettuata non in astratto, limitandosi ad accertare se questa possa essere tecnicamente svolta da remoto accedendo al *software* aziendale, bensì in concreto, verificando che la stessa possa risultare ugualmente funzionale se resa non in presenza»²². Il che equivale a sostenere che «la compatibilità dovrebbe essere riferita non alle caratteristiche intrinseche della prestazione, in quanto tale interpretazione estenderebbe eccessivamente il dato normativo, ma alle esigenze produttive, organizzative e funzionali aziendali»²³. Insomma, «il ricorso al lavoro agile deve essere pur sempre compatibile con le esigenze aziendali, non potendo essere imposto al datore di lavoro di modificare la propria organizzazione [...] – pena l'evidente contrasto con l'art. 41 della Costituzione»²⁴. Non distante da questo indirizzo giurisprudenziale la posizione della dottrina, la quale ha osservato che «l'eventualità dell'effettivo possibile ricorso al lavoro da remoto permane infatti da valutarsi in riferimento alla realtà della situazione concreta, essendo in linea di principio escluso che il datore di lavoro sia in tal senso tenuto a dover modificare la propria organizzazione aziendale per rendere possibile lo svolgimento delle attività lavorative in modalità agile, specie qualora ad essere richiesti in tal senso siano mutamenti strutturali, onerosi o comunque di notevole portata, com'è ad ogni modo parimenti da negare che il medesimo datore possa risultare tenuto a dover accedere al lavoro agile in forma per lui antieconomica o non conveniente»²⁵. Peraltro, ciò non toglie che l'onere della prova riguardante le esigenze tecniche, organizzative o produttive che richiedono lo svolgimento della prestazione lavorativa necessariamente in presenza e che determinano l'impossibilità di “concedere” al lavoratore la possibilità di rendere la propria prestazione in modalità agile sia in ogni caso a carico del datore di lavoro²⁶.

con qualche sfumatura, anche Trib. Grosseto, 23 aprile 2020 e Trib. Bologna, 23 aprile 2020, nonché Trib. Roma, 20 giugno 2020 e Trib. Mantova, 25 giugno 2020, tutte in *RGL*, 2021, 1, 96, con nota di SPINELLI, *Il lavoro agile al vaglio della giurisprudenza cautelare: potenzialità e limiti del diritto emergenziale*. In senso analogo, da ultimo, anche Trib. Roma, 21 gennaio 2021, in *LB*, 2021, 4, 479, con nota di VALLAURI, *Quando l'assegnazione al lavoro agile è un diritto*.

²¹ Su questa giurisprudenza v. almeno DAGNINO, *Prove di diritto al lavoro agile all'interno dei provvedimenti d'urgenza da COVID-19?*, in *Boll. Adapt*, n. 27/2020, 3-4, il quale non manca di rilevare «il margine di discrezionalità che il giudice può esercitare e di conseguenza la possibile *alea* rispetto agli esiti di un giudizio rispetto al riconoscimento della sussistenza delle condizioni oggettive».

²² Trib. Roma, 5 ottobre 2020, cit. In senso analogo anche Trib. Padova, 15 ottobre 2020, inedita a quanto consta.

²³ BUCONI, *Lavoro agile emergenziale: casi e questioni*, in *LPO*, 2021, 9-10, 545.

²⁴ Trib. Padova, 15 ottobre 2020, cit.

²⁵ BALLETTI, *Smart working e pari opportunità*, in *DML*, 2021, 2, 498.

²⁶ In questo senso, ad esempio, Trib. Roma 8 marzo 2021, in *LPO News*, 6 aprile 2021, con nota di QUATTROCCHI. In dottrina, invece, v. BALLETTI, op. cit., 501.

A queste indicazioni, come anticipato, si è attenuto anche il Tribunale di Trieste, il quale, pur avendo ritenuto che la patologia che affliggeva la lavoratrice (artrite reumatoide) fosse tale da integrare la condizione di fragilità delineata dall'art. 90, comma 1, d.l. n. 34/2020, ha poi giudicato congrue le ragioni organizzative e produttive addotte dalla società datrice di lavoro per motivare il diniego al lavoro agile e, al contrario, richiedere alla lavoratrice di svolgere la propria prestazione in sede. Il giudice, dunque, ha sì riconosciuto che «il potere del datore di lavoro di organizzare liberamente la propria impresa nel caso di specie è dalla stessa legge sottoposto a limite», ma allo stesso tempo ha interpretato quest'ultimo rigorosamente, senza cioè imporre al datore di lavoro di modificare l'organizzazione aziendale al fine rendere possibile lo svolgimento dell'attività lavorativa in modalità agile²⁷. Il giudice, in altre parole, si è limitato a richiedere al datore di lavoro le eventuali ragioni ostative alla richiesta avanzata dalla lavoratrice e a verificarne la sussistenza e la veridicità. Inoltre, come si evince anche dai fatti di causa, la lavoratrice prestava la propria attività in *smart working* già due giorni a settimana, sicché il giudice non ha potuto fare a meno di constatare che «la prestazione in lavoro agile non è stata negata, ma concessa parzialmente in un contesto di contemperamento delle reciproche esigenze delle parti», aggiungendo poi che se, in effetti, la patologia sofferta dalla ricorrente costituisce il presupposto "soggettivo" per l'ottenimento del diritto in discorso, «la sua gravità o il suo aggravarsi non attribuisce al lavoratore la possibilità di richiedere un maggiore accesso al lavoro agile, attenendo tali aspetti, nell'attuale quadro normativo, al differente profilo dell'idoneità alla prestazione lavorativa e dell'impossibilità della stessa».

Ne risulta, in ultima analisi, un'interpretazione dell'art. 90, comma 1, d.l. n. 34/2020 che, pur non banalizzando il diritto al lavoro riconosciuto dall'art. 4 Cost. e quello alla salute *ex* art. 32 Cost., condiziona il diritto al lavoro agile al soddisfacimento delle esigenze organizzative datoriali, valorizzando l'intangibilità degli assetti organizzativi che l'imprenditore si è dato nell'esercizio delle prerogative riconosciutegli dall'art. 41, comma 1, Cost.

3. Disabilità, ragionevoli accomodamenti e lavoro agile

Nel caso sottoposto al Tribunale di Roma, una lavoratrice agiva contro la società datrice di lavoro allo scopo di vedersi riconosciuto, previo accertamento della condizione di disabilità, il diritto ad accomodamenti ragionevoli. Più precisamente, la prestatrice di lavoro chiedeva al giudice «di ordinare alla convenuta quali accomodamenti ragionevoli, di adibire la ricorrente a modalità di svolgimento della prestazione lavorativa compatibili con il proprio stato di salute quali il telelavoro domiciliare e/o il lavoro agile senza rientri ovvero con un massimo di 4 rientri mensili».

²⁷ Dello stesso orientamento anche Trib. Padova, 15 ottobre 2020, cit.

La nozione di disabilità cui ci si riferisce è quella fatta propria dal d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216, ovvero la nozione di disabilità rilevante ai fini dell'applicazione della normativa antidiscriminatoria di matrice "eurounitaria"²⁸. Il d.lgs. n. 216/2003 fa proprio un concetto di disabilità differente e – almeno all'apparenza – più ampio e generico rispetto a quello adottato, ad esempio, dall'art. 3, comma 1, l. 5 febbraio 1992, n. 104²⁹. Trattasi di un concetto elaborato dalla Corte di giustizia dell'Unione europea leggendo la dir. n. 2000/78/CE alla luce della Convenzione ONU 13 dicembre 2006 sui diritti delle persone con disabilità³⁰, ratificata dall'Unione europea con dec. n. 2010/48/CE. Infatti, necessitando la corretta applicazione della dir. n. 2000/78/CE di una nozione comunitaria di *handicap* – ovvero di una nozione unica e condivisa in tutti gli Stati membri – e non essendo tale concetto specificato all'interno della direttiva medesima, né in un'altra fonte del diritto "eurounitario"³¹, la Corte di giustizia non ha potuto che rinvenirne la pertinente definizione nell'art. 1, comma 2, della predetta Convenzione, senza peraltro mancare di adattarla al contesto e agli obiettivi della direttiva. Così, se la Convenzione ONU, accogliendo una concezione bio-psicosociale e dinamica di disabilità, afferma che «le persone con disabilità includono quanti hanno minorazioni fisiche, mentali, intellettuali o sensoriali a lungo termine che in interazione con varie barriere possono impedire la loro piena ed effettiva partecipazione nella società su una base di eguaglianza con gli altri» (art. 1, comma 2), la Corte di giustizia, non troppo diversamente, ha chiarito che – ai fini della dir. n. 2000/78/CE, la quale deve essere interpretata alla luce della suddetta Convenzione in ragione della sua ratifica da parte dell'Unione – la nozione di *handicap* va intesa nel senso di «una limitazione, risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche durature, che, in interazione con barriere di diversa natura, può ostacolare la piena ed effettiva partecipazione dell'interessato alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori»³². Tale

²⁸ Per una recente trattazione della normativa antidiscriminatoria v. BONARDI (a cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile*, Ediesse, 2017, nonché BARBERA, GUARISO (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria*, Giappichelli, 2019.

²⁹ Sulla l. n. 104/1992 v. almeno CENDON (a cura di), *Handicap e diritto. Legge 5 febbraio 1992 n. 104, legge quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate*, Giappichelli, 1997.

³⁰ Sulla Convenzione ONU e, più in generale, sulla normativa antidiscriminatoria multilivello relativa alla protezione delle persone disabili v. DE AMICIS, *La l. 3 marzo 2009, n. 18 di ratifica della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità: i principi e le procedure*, in *GM*, 2009, 10, 2375 ss., nonché, più di recente, NUNIN, *Disabilità, lavoro e principi di tutela nell'ordinamento internazionale*, in *VTDL*, 2020, 4, 879 ss.

³¹ Cfr. C. giust., 11 luglio 2006, C-13/05, *Chacón Navas*, in *RIDL*, 2007, II, 758, con nota di GIAPPICHELLI, *La Corte di giustizia si pronuncia sulla nozione di handicap: un freno alla vis expansiva del diritto antidiscriminatorio?*.

³² C. giust., 11 aprile 2013, causa C-335/11 e C-337/11, *HK Danmark*, in *DPL*, 2013, 26, 1692, successivamente ripresa e precisata – tra le altre – da C. giust., 18 dicembre 2014, causa C-354/13, *FOA*, in *LG*, 2016, 2, 139, con nota di DE LUCA, *La Corte di giustizia prende posizione sul licenziamento a causa dell'obesità* e C. giust., 1° dicembre 2016, causa C-395/15, *Mobamed Daouidi*, in *FI*, 2017, 4, 5. Da ultimo, v. C. giust., 10 febbraio 2022, causa C-485/20, *HR Rail Sa*, in *LG*, 2022, 8-9, 801, con nota di COSIO, *I ragionevoli accomodamenti nel dialogo delle alte Corti* e C. giust., 18 gennaio 2024, C-631/22, *J.M.A.R. v. Ca Na Negreta SA*, in *One Legale*. In dottrina, tra gli innumerevoli, v. almeno DE MOZZI, *Condizioni personali del lavoratore e licenziamento*, Cleup, 2018, 109 ss.; MALZANI, *Dal collocamento mirato al diversity management. Il lavoro dei disabili tra obbligo e inclusione nella prospettiva di genere*, in *RDSS*, 2019, 4, 717 ss.; W. CHIAROMONTE, *L'inclusione sociale dei lavoratori*

limitazione, che deve in ogni caso essere di «lunga durata», può altresì risultare – secondo la Corte – da «una condizione patologica causata da una malattia diagnosticata come curabile o incurabile»³³.

Le due nozioni alle quali ci sta riferendo potrebbero risultare simili, se non identiche, posto che la categoria delle persone con *handicap*, secondo l'art. 3, comma 1, l. n. 104/1992, ricomprende quanti presentano «una minorazione fisica, psichica o sensoriale, stabilizzata o progressiva, che è causa di difficoltà di apprendimento, di relazione o di integrazione lavorativa e tale da determinare un processo di svantaggio sociale o di emarginazione». Tuttavia, le due nozioni presentano una differenza sostanziale: mentre il riconoscimento della condizione comunitaria di disabilità prescinde da qualsiasi accertamento medico³⁴, quella di cui all'art. 3, comma 1, l. n. 104/1992 richiede espressamente, ai sensi del successivo art. 4, un accertamento medico preventivo senza il quale non è possibile accedere ai benefici riconosciuti dalla legge medesima. Benché parzialmente sovrapponibili, le due nozioni vanno dunque tenute distinte. Se, infatti, può essere piuttosto comune che il soggetto beneficiario delle tutele di cui alla l. n. 104/1992 possa altresì essere riconosciuto disabile ai sensi della normativa antidiscriminatoria, è vero anche il contrario. Più in generale, nonostante le similitudini esistenti tra le due nozioni in questione, deve tenersi bene a mente che una condizione personale costituente *handicap* ai sensi del diritto interno potrebbe non integrare la nozione di disabilità rilevante ai fini del diritto eurounitario, e viceversa³⁵. Del resto, com'è stato da tempo appurato, all'interno del nostro ordinamento non esiste una nozione univoca ed unitaria di *handicap* o disabilità, dipendendo il loro esatto significato dal contesto nel quale sono utilizzati³⁶. Riprova ne sia la circostanza che ancora diversa rispetto alle precedenti risulta la nozione di disabilità fatta propria dalla l. 12 marzo

disabili fra diritto dell'Unione europea e orientamenti della Corte di giustizia, in *VTDL*, 2020, 4, 907 ss.; DELOGU, «Adeguare il lavoro all'uomo»: l'adattamento dell'ambiente di lavoro alle esigenze della persona disabile attraverso l'adozione di ragionevoli accomodamenti, in *AmbienteDiritto.it*, 2024, 1, 6 ss.

³³ C. giust., 11 aprile 2013, causa C-335/11 e C-337/11, *HK Danmark*, cit. Sul rapporto esistente tra le categorie di disabilità e malattia v. *amplius* FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, *L'evoluzione del concetto giuridico di disabilità: verso un'inclusione delle malattie croniche?*, in *DRI*, 2017, 1, 74 ss.; BUOSO, *L'inclusione sociale dei disabili alla luce del diritto dell'Unione europea*, in *DLM*, 2019, 1, 88 ss.; W. CHIAROMONTE, op. cit., 907 ss.

³⁴ Cfr. C. giust., 18 gennaio 2018, causa C-270/16, *Conejero*, in *RGL*, 2018, II, 271, con nota di GUAGLIANONE, *Licenziamento per assenteismo e indiretta discriminatorietà per motivi di salute*. Nello stesso senso, nella giurisprudenza interna, anche Cass., 27 settembre 2018, n. 23338, in *LG*, 2019, 3, 253, con nota di TURRIN, *La prova del licenziamento "economico" e discriminatorio in un caso di riduzione di personale fungibile* e Cass., 12 novembre 2019, n. 29289, in *GI*, 2020, 2, 373, con nota di D. GAROFALO, *Disabili e insider/outsider theory*, nonché da ultimo Trib. Roma 18 dicembre 2023, cit. In dottrina, v. almeno DE MOZZI, op. cit., 109 e PERUZZI, *La protezione dei lavoratori disabili nel contratto di lavoro*, in *VTDL*, 2020, 4, 947 ss.

³⁵ In questo senso, ad esempio, Trib. Padova 13 maggio 2020, in *LB*, 2020, 6, 787, con nota di TURRIN, *Il diritto comunitario, il carattere discriminatorio della clausola di un contratto d'appalto e l'insussistenza materiale del fatto contestato al socio lavoratore di cooperativa affetto da disabilità*, nonché Cass., 27 settembre 2018, n. 23338, cit. e Cass., 12 novembre 2019, n. 29289, cit. In dottrina, v. almeno DE MOZZI, op. cit., 112 ss.

³⁶ Cfr., ad esempio, Cass., 27 settembre 2018, n. 23338, cit. In dottrina, tra gli altri, si vedano DE MOZZI, op. cit., 105 ss. e PERUZZI, op. cit., 947 ss., nonché SPINELLI, *La sfida degli "accomodamenti ragionevoli" per i lavoratori disabili dopo il Jobs Act*, in *DLM*, 2017, 1, 49 e D'ASCOLA, *Il ragionevole adattamento nell'ordinamento comunitario e in quello nazionale. Il dovere di predisporre adeguate misure organizzative quale limite al potere di recesso datoriale*, in *VTDL*, 2022, 2, 179 ss.

1999, n. 68, ovvero la nozione di disabilità rilevante ai fini del cosiddetto collocamento obbligatorio³⁷. Basti qui osservare come, al pari di quella dettata dalla l. n. 104/1992, si tratti ancora una volta di una nozione di disabilità calibrata su parametri prettamente medici, nonché di una nozione più ristretta rispetto a quella di tipo “relazionale” adottata dalla Convenzione ONU³⁸. Ne consegue, inevitabilmente, che alcuni soggetti con *handicap* restano esclusi dal campo di applicazione della l. n. 68/1999, nonché dalle tutele che ne derivano³⁹. Un esempio può essere il termine di preavviso dovuto in caso di recesso dall'accordo di lavoro agile da parte del datore di lavoro, preavviso che – ai sensi dell'art. 19, comma 2, l. 22 maggio 2017, n. 81 – «non può essere inferiore a novanta giorni, al fine di consentire un'adeguata riorganizzazione dei percorsi di lavoro rispetto alle esigenze di vita e di cura del lavoratore», ma solo allorché si tratti, per l'appunto, di «lavoratori disabili ai sensi dell'articolo 1 della legge 12 marzo 1999, n. 68». Analoghe considerazioni valgono per i benefici riconosciuti dalla l. n. 104/1992 e, in particolare, per la priorità nell'accesso al lavoro agile riconosciuta dall'art. 18, comma 3-*bis*, l. n. 81/2017, priorità dalla quale risultano esclusi, tra gli altri, i disabili non certificati⁴⁰.

Lo stesso, *mutatis mutandis*, può dirsi in merito alla condizione di fragilità e allo *status* di lavoratore disabile *ex d.lgs. n. 216/2003*⁴¹. Infatti, non è da escludere che un lavoratore fragile possa altresì essere riconosciuto disabile ai sensi della normativa antidiscriminatoria di matrice eurounitaria. Allo stesso tempo, però, non è qualcosa di così scontato, essendo diversi i presupposti per l'accertamento dello *status* di lavoratore disabile e della condizione di fragilità. Conviene dunque tenere distinte le due condizioni, essendo oltretutto differenti le implicazioni che derivano dall'accertamento dell'una piuttosto che dell'altra sul piano del rapporto di lavoro. Lo stesso ragionamento può farsi, inoltre, con riferimento alla condizione di disabilità e a quella di lavoratore affetto da malattie croniche⁴², *status* differenti e solo in parte sovrapponibili, proprio come quelli di *handicap* e fragilità.

³⁷ Sul collocamento mirato delle persone disabili e sulla nozione di disabilità rilevante ai fini della l. n. 68/1999 si vedano, limitandosi ai contributi più recenti, MALZANI, *op. cit.*, 729 ss.; RICCARDI, *Disabili e lavoro*, CACUCCI, 2018; D. GAROFALO, *La tutela del lavoratore disabile nel prisma degli accomodamenti ragionevoli*, in *ADL*, 2019, 6, 1211 ss.; FERRARA, *L'avviamento al lavoro dei disabili: verso il collocamento mirato “personalizzato” e la soluzione ragionevole “a responsabilità condivisa”?*, in *VTDL*, 2020, 4, 923 ss.; RICCARDI, *L'inserimento del lavoratore disabile nell'organizzazione datoriale. L'evoluzione dei modelli di tutela*, in *ADL*, 2022, 4, 682 ss.; TORSSELLO, *I ragionevoli accomodamenti per il lavoratore disabile nella valutazione del Centro per l'impiego*, in *VTDL*, 2022, 2, 209 ss.

³⁸ Cfr., ad esempio, TORSSELLO, *op. cit.*, 212 e 215.

³⁹ Cfr. di NUOVO TORSSELLO, *op. cit.*, 217.

⁴⁰ Peraltro, quello appena evidenziato è solo uno dei numerosi profili di criticità dell'art. 18, comma 3-*bis*, l. n. 81/2017, disposizione che, ancorché apprezzabile negli intenti, desta più di qualche perplessità, specie dal punto di vista pratico-applicativo. Per una lettura critica della norma in questione v. almeno DAGNINO, *Priorità per l'accesso al lavoro agile e ad altre forme di lavoro flessibile*, in D. GAROFALO, TIRABOSCHI, FILI, TROISI (a cura di), *Trasparenza e attività di cura nei contratti di lavoro. Commentario ai decreti legislativi n. 104 e n. 105 del 2022*, ADAPT e-Book, n. 96/2023, 602 ss.

⁴¹ Sui rapporti intercorrenti tra le nozioni di fragilità e disabilità v., ad esempio, BONO, *op. cit.*, 433 ss.

⁴² Sulla categoria dei lavoratori affetti da patologia cronica, ancora oggi privi di un preciso riconoscimento giuridico, nonché sulla contiguità di questa categoria di soggetti rispetto a quelle dei lavoratori fragili, disabili o anziani, si vedano: FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, 74 ss.; CARACCIOLLO, *op. cit.*, 127 ss.; VARVA, *Malattie croniche e lavoro tra normativa e prassi*, in *RIDL*, 2018, I,

Peraltro, le cose potrebbero presto cambiare, apparendo ormai prossima l'attuazione della l. 22 dicembre 2021, n. 227, provvedimento che delega il Governo ad adottare «uno o più decreti legislativi per la revisione e il riordino delle disposizioni vigenti in materia di disabilità» (art. 1, comma 1), ivi compresa la «definizione della condizione di disabilità» (art. 1, comma 5, lett. a)). Non è dunque da escludere una possibile razionalizzazione della materia che, oltre a ricondurre ad unità la nozione di disabilità, faccia chiarezza sui rapporti intercorrenti tra quest'ultima e le condizioni di lavoratore fragile o con malattie croniche⁴³. Tanto chiarito, resta da dire che allo stato attuale solo l'accertamento dello *status* di lavoratore disabile rilevante ai fini della dir. 2000/78/CE pone in capo al datore di lavoro l'obbligo di adottare in favore del prestatore di lavoro degli accomodamenti ragionevoli, da intendersi come tutti quei «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» (art. 5 dir. 2000/78/CE). Ben può dirsi che tali accomodamenti o soluzioni ragionevoli sul luogo di lavoro rientrano a pieno titolo tra le misure volte a garantire «l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità» (art. 26 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea) delle persone con disabilità⁴⁴. Coerentemente, il rifiuto di adottare soluzioni ragionevoli, il cui scopo è quello di «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 Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità), integra – secondo l'art. 2 della sopracitata Convenzione ONU – una discriminazione vietata⁴⁵. Né il d.lgs. n. 216/2003, né tantomeno la dir. 2000/78/CE o la Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità forniscono un elenco di possibili soluzioni ragionevoli che il datore di lavoro è tenuto ad adottare, se non a scopo puramente esemplificativo. Né, del resto, potrebbero fare diversamente. L'obbligo di adottare accomodamenti

109 ss.; MILITELLO, *La tutela del lavoratore affetto da patologia oncologica in Italia*, in *DRI*, 2018, 2, 457 ss.; LEVI, *Sostenibilità del lavoro e tutela della salute in senso dinamico: la prospettiva privilegiata delle malattie croniche*, *ivi*, 2023, 2, 277 ss.; DAGNINO, *La tutela del lavoratore malato cronico tra diritto vivente e (mancate) risposte di sistema*, *ivi*, 336 ss.

⁴³ Sulle prospettive dischiuse dalla l. n. 227/2021 i giudizi della dottrina sono invero perlopiù scettici, rilevando come siano molteplici i profili di incongruenza della legge delega. Tra gli altri, si vedano DAGNINO, *La tutela del lavoratore malato cronico tra diritto vivente e (mancate) risposte di sistema*, cit., 350 ss.; DE FALCO, *Ragionando attorno alla Legge delega in materia di disabilità: una prospettiva giuslavoristica*, in *RCP*, 2022, 5, 1738 ss. e VERZULLI, *Disabilità, malattia cronica, fragilità: il lavoro agile come accomodamento ragionevole*, in *DSL*, 2024, 1, 8 ss.

⁴⁴ Sull'art. 26 della Carta di Nizza e, più in generale, sull'inclusione delle persone disabili nell'ordinamento comunitario v. almeno BUOSO, op. cit., 85 ss. e RICCARDI, *Disabili e lavoro*, cit., 181 ss.

⁴⁵ In questo senso, ad esempio, Trib. Pisa, 17 aprile 2015, in *ADL*, 2016, 1, 164, con nota di CANGEMI, *Riflessioni sul licenziamento per inidoneità psico-fisica: tra ingiustificatezza e discriminatorietà*; Trib. Firenze, 19 marzo 2020, in *DRI*, 2021, 1, 190, con nota di CAROLLO, *Un itinerario giurisprudenziale sul collocamento mirato*; Trib. Lecco, 9 febbraio 2023, *ivi*, 2023, 4, 1057, con nota di AMBROSIO, *Le soluzioni ragionevoli quali argomenti a favore della tutela antidiscriminatoria*. In dottrina, v. almeno BRESCIANI, *Le conseguenze sanzionatorie derivanti dalla violazione dell'obbligo di attuare i ragionevoli accomodamenti, fra licenziamento nullo o ingiustificato*, in *VTDL*, 2022, 2, 292 ss.

ragionevoli sul luogo di lavoro, infatti, richiede una valutazione caso per caso, nonché una soluzione su misura, individualizzata, ovvero che tenga conto delle condizioni del singolo lavoratore e delle particolarità del suo *handicap*, sì da realizzare la soluzione materiale od organizzativa più adatta al caso di specie⁴⁶. Detto altrimenti, l'obbligo di adottare accomodamenti ragionevoli è «una nozione a contenuto variabile [...] che ha come caratteristica strutturale proprio l'indeterminatezza: consapevole dell'impossibilità di una tipizzazione delle condotte prescrivibili, il legislatore ha conferito all'interprete il compito di individuare lo specifico contenuto dell'obbligo, guidato dalle circostanze del caso concreto»⁴⁷.

Non v'è dunque alcun dubbio sul fatto che il lavoro agile possa costituire per talune categorie di lavoratori disabili una forma di accomodamento ragionevole⁴⁸. Riprova ne sono le *Linee guida in materia di collocamento mirato delle persone con disabilità* adottate con d.m. 11 marzo 2022, n. 43 in attuazione di quanto previsto dall'art. 1, comma 1, d.lgs. 14 settembre 2015, n. 151, le quali, oltre a fornire un elenco esemplificativo di soluzioni ragionevoli, qualificano espressamente il lavoro agile come una forma di accomodamento ragionevole⁴⁹. Una forma di accomodamento ragionevole che oltretutto, ferma restando la necessità di valutare il caso concreto, non sembra a prima vista tale da comportare per il datore di lavoro né «oneri organizzativi eccessivi»⁵⁰, né «un onere finanziario sproporzionato» (art. 5 dir. 2000/78/CE). In altre parole, «in sede di giudizio il datore di lavoro potrebbe in più occasioni soccombere di fronte all'onere di provare che l'accomodamento ragionevole “agile” rappresenti una misura sproporzionata e irragionevole rispetto alla modalità lavorativa in presenza», gravando infatti su di lui «l'onere di provare l'impossibilità di accordare al lavoratore disabile l'accomodamento agile perché costituisce un

⁴⁶ Sulla nozione di soluzioni ragionevoli e le implicazioni sottostanti l'obbligo di adottare simili accomodamenti sul luogo di lavoro si vedano, tra gli innumerevoli, SPINELLI, op. cit., 39 ss.; DE MOZZI, op. cit., 165 ss.; RICCARDI, *Disabili e lavoro*, cit., 181 ss.; BUOSO, op. cit., 96 ss.; D. GAROFALO, op. cit., 1224 ss.; W. CHIAROMONTE, op. cit., 913 ss.; RICCARDI, *L'inserimento del lavoratore disabile nell'organizzazione datoriale*, cit., 694 ss.; D'ASCOLA, op. cit., 179 ss.; DELOGU, op. cit., 11 ss.; DE FALCO, *Accomodamenti ragionevoli: sovvenzioni nel settore privato, accessibilità ovunque*, in *RIDL*, 2021, 4, 433 ss.; PALLADINI, *Licenziamento, inidoneità sopravvenuta e ragionevole accomodamento*, in *VTDL*, 2024, Fascicolo Straordinario, 91 ss.

⁴⁷ Cass., 9 marzo 2021, n. 6497, in *ADL*, 2021, 4, 1055, con nota di DE PETRIS, *L'obbligo di adottare accomodamenti ragionevoli nei luoghi di lavoro: approdi definitivi della Suprema Corte e questioni ancora aperte*. Sull'obbligo di adottare accomodamenti ragionevoli v. già Cass., 19 marzo 2018, n. 6798, in *RIDL*, 2019, II, 161, con nota di AIMO, *Inidoneità sopravvenuta alla mansione e licenziamento: l'obbligo di accomodamenti ragionevoli preso sul serio dalla Cassazione*, nonché, più di recente, Trib. Lecco, 9 febbraio 2023, cit. e App. Milano, 15 novembre 2023, in *Newsletter Wikilabour*, n. 4/2024.

⁴⁸ Per un riscontro, v. App. Napoli, 19 febbraio 2021, in *ADL*, 2021, 5, 1263, con nota di VALENTE, *Il lavoro agile come misura di “accomodamento ragionevole” per il lavoratore disabile con difficoltà a raggiungere il luogo di lavoro*.

⁴⁹ Per un commento ai contenuti delle *Linee guida* v. almeno DE FALCO, *Linee guida in materia di collocamento mirato delle (e per le) persone con disabilità*, in *Boll. Adapt*, n. 12/2022.

⁵⁰ Cass., 26 ottobre 2018, n. 27243, in *FI*, 2019, 5, 1, 1751. Sugli oneri sproporzionati o eccessivi, nonché sulla salvaguardia delle posizioni lavorative degli altri prestatori di lavoro eventualmente coinvolti quali limiti all'obbligo di adottare soluzioni ragionevoli, v. Cass., 19 dicembre 2019, n. 34132, in *LB*, 2020, 5, 633, con nota di MARGIOTTA, *Tutela dei disabili, “accomodamenti ragionevoli” e obbligo di “repechage”*, nonché Cass., 9 marzo 2021, n. 6497, cit., pronuncia che ha individuato nel rispetto dei principi di ragionevolezza e proporzionalità il confine oltre il quale non può spingersi l'obbligo di adottare accomodamenti ragionevoli. In dottrina, tra gli altri, v. DE FALCO, *Accomodamenti ragionevoli: sovvenzioni nel settore privato, accessibilità ovunque*, cit., 440 ss.; D'ASCOLA, op. cit., 200 ss.; DELOGU, op. cit., 14 ss.; PALLADINI, op. cit., 94 ss.

onere sproporzionato e irragionevole oppure perché la presenza fisica sul posto di lavoro è indispensabile⁵¹. Difatti, come statuito dalla giurisprudenza di legittimità, «a fronte del lavoratore che deduca e provi di trovarsi in una condizione di limitazione, risultante da menomazioni fisiche, mentali o psichiche durature secondo il diritto dell'Unione Europea, quale fonte dell'obbligo datoriale di ricercare soluzioni ragionevoli [...], graverà sul datore di lavoro l'onere di provare di aver adempiuto all'obbligo di "accomodamento"»⁵².

Considerate le potenzialità del lavoro agile quale forma di accomodamento ragionevole, non sorprende che la lavoratrice che ha adito il Tribunale di Roma abbia espressamente chiesto di poter lavorare da remoto. Del resto, come si evince dai fatti di causa, la stessa aveva già in precedenza beneficiato sia del telelavoro che dello *smart working* per diversi anni, un "*benefit*" del quale aveva presumibilmente potuto giovare proprio in ragione delle molteplici patologie di cui soffriva. Il giudice, una volta accertato che tra le patologie che affliggevano la lavoratrice vi fossero l'obesità e la fibromialgia muscolo-tensiva e che queste ultime fossero tali da integrare una condizione di disabilità, ha quindi condannato il datore di lavoro a consentire lo svolgimento della prestazione lavorativa in modalità agili. Infatti, il giudice capitolino ha riconosciuto un peso particolare alla necessità di tutelare le condizioni di salute della ricorrente⁵³, condizioni che avrebbero rischiato di essere ulteriormente compromesse qualora la stessa avesse continuato a svolgere la propria prestazione prevalentemente "in presenza", circostanza che – oltretutto – avrebbe potuto finire col pregiudicarne anche il «diritto alla professionalità» qualora, perdurando l'impossibilità a svolgere la prestazione prevalentemente in presenza, fosse stata costretta ad assentarsi dal lavoro⁵⁴. Pertanto, il giudice ha riconosciuto alla lavoratrice «il diritto [...] a svolgere la prestazione lavorativa prevalentemente mediante modalità del lavoro agile prevedendo al massimo 4 rientri mensili».

La pronuncia in parola ha il merito di aver chiarito un punto importante e generalmente trascurato dalla giurisprudenza precedente: ancorché venga riconosciuto al prestatore di lavoro il diritto ad eseguire la prestazione lavorativa in modalità agili, quest'ultima non potrà essere resa interamente da remoto, dovendo essere comunque rispettato il requisito dell'alternanza previsto dall'art. 18, comma 1, l. n. 81/2017⁵⁵. Ciò vale tanto per l'ipotesi in cui il lavoro agile venga concesso quale forma di accomodamento ragionevole quanto per

⁵¹ VERZULLI, op. cit., 2-3.

⁵² Cass., 9 marzo 2021, n. 6497, cit. In argomento, v. almeno ALESSI, *Disabilità, accomodamenti ragionevoli e oneri probatori*, in *RIDL*, 2021, I, 613 ss.

⁵³ Da questo punto di vista, l'obbligo di adottare accomodamenti ragionevoli fuoriesce dall'ambito del diritto antidiscriminatorio per divenire misura prevenzionistica ex art. 2087 c.c. In proposito, v. almeno DE FALCO, *Accomodamenti ragionevoli: sovvenzioni nel settore privato, accessibilità ovunque*, cit., 433 ss. e VERZULLI, op. cit., 11 ss.

⁵⁴ Sul diritto alla professionalità quale bene giuridico protetto dall'obbligo di adottare soluzioni ragionevoli v. anche Trib. Lecco, 9 febbraio 2023, cit.

⁵⁵ Di questo avviso anche CALIA, *Le modifiche alla l. n. 81/2017 e al d.lgs. n. 81/2015: uno sguardo d'insieme (artt. 4 e 5 del d.lgs. n. 105/2022)*, in D. GAROFALO, TIRABOSCHI, FILI, TROJSI (a cura di), op. cit., 587.

quella in cui lo *smart working* costituisca un diritto espressamente riconosciuto dalla normativa, come nel caso dei lavoratori fragili. Tuttalpiù, la gravità delle condizioni di salute del lavoratore disabile o in condizione di fragilità potrà far propendere, come nel caso di specie, per una prevalenza delle giornate di lavoro in *smart working* rispetto a quelle “in presenza”. Resta invece ancora da chiarire come conciliare il diritto al lavoro agile con la consensualità che dovrebbe caratterizzare l’istituto di cui al Capo II della l. n. 81/2017 e, in particolare, con la definizione di comune accordo delle coordinate spazio-temporali della prestazione da rendersi in modalità *smart*, profilo infatti trascurato tanto dalle sentenze in commento quanto dalla giurisprudenza pregressa. Cionondimeno, si ritiene che l’accordo tra le parti rimanga un elemento indefettibile della fattispecie anche qualora il lavoratore possa vantare un “diritto” al lavoro agile⁵⁶, dovendosi definire di comune accordo, se non l’*an* o il *quantum*, perlomeno il *quomodo* della prestazione di lavoro da svolgersi all’esterno dei locali aziendali.

Peraltro, ciò che qui più interessa è evidenziare come le due sentenze, al di là di alcune similitudini, giungano nel merito ad esiti completamente difformi in ragione del diverso bilanciamento degli interessi coinvolti. Infatti, benché gli interessi in gioco nelle due controversie fossero i medesimi – il diritto alla salute, il diritto al lavoro e la libertà d’iniziativa economica – non può sfuggire come gli stessi siano stati valutati e soppesati diversamente, il che, peraltro, non è da attribuire ad un caso di soggettivismo giudiziario, quanto piuttosto proprio alle nozioni di fragilità e disabilità. È quest’ultima, in altre parole, a connotarsi a monte per un diverso bilanciamento degli interessi coinvolti più favorevole al lavoratore rispetto a quello operato dalla nozione di fragilità. Lo si può osservare se si prende in considerazione il diritto ad accomodamenti ragionevoli, diritto riconosciuto solo in capo ai lavoratori disabili e non anche in favore dei lavoratori fragili. Tale diritto, la cui funzione è quella di rendere effettivo il diritto alla parità di trattamento dei lavoratori disabili, garantendone l’accesso e la permanenza nel mondo di lavoro, configura infatti un bilanciamento tra diritto alla salute, diritto al lavoro e libertà d’iniziativa economica che, a scapito di quest’ultima, valorizza i primi e, soprattutto, il diritto di cui all’art. 32 Cost., come del resto prefigurato anche dal successivo art. 41, comma 2, così come novellato dall’art. 2 l. cost. 11 febbraio 2022, n. 1⁵⁷. Sembra, infatti, che lo *status* di lavoratore con disabilità ed il diritto ad accomodamenti ragionevoli che ne deriva, a differenza della condizione di lavoratore fragile, siano idonei ad intaccare la libertà di organizzazione dell’impresa, rendendosi necessario un sacrificio al fine di realizzare l’uguaglianza sostanziale prefigurata dall’art. 3, comma 2, Cost., dalla dir. 2000/78/CE e dalla sopracitata Convenzione ONU⁵⁸. Del resto,

⁵⁶ Così anche ALES, *Il lavoro in modalità agile e l’adeguamento funzionale della subordinazione: un processo indolore?*, in *federalismi.it*, 2022, 34, 190.

⁵⁷ In proposito, v. le considerazioni di D’ASCOLA, op. cit., 202 ss., nonché quelle di DELOGU, op. cit., 24 ss. e di PALLADINI, op. cit., 91 ss.

⁵⁸ Cfr. nuovamente Cass., 9 marzo 2021, n. 6497, cit., secondo cui «potrà dirsi ragionevole ogni soluzione organizzativa

tanto l'art. 5 della dir. 2000/78/CE quanto l'art. 3, comma 3-bis, d.lgs. n. 216/2003 esigono che il datore di lavoro adotti delle misure di natura tecnica o organizzativa, ovvero dei comportamenti di contenuto positivo⁵⁹, che – inevitabilmente – incidono sugli assetti organizzativi dell'impresa, modificandone lo *status quo ante*⁶⁰. Viene meno, dunque, il dogma dell'insindacabilità e dell'immodificabilità delle scelte imprenditoriali sancito dall'art. 30, comma 1, l. 4 novembre 2010, n. 183⁶¹. Riprova ne è il fatto che il datore di lavoro è esonerato solo dall'adottare quei provvedimenti che comportino «un onere finanziario sproporzionato» (art. 5 dir. 2000/78/CE). Il che, peraltro, è da escludersi allorquando «l'onere è compensato in modo sufficiente da misure esistenti nel quadro della politica dello Stato membro a favore dei disabili»⁶² (art. 5 dir. 2000/78/CE).

A questo proposito, basti qui ricordare che, secondo l'art. 14, comma 4, lett. b), l. n. 68/1999, il Fondo regionale per l'occupazione dei disabili eroga anche «contributi per il rimborso forfetario parziale delle spese necessarie all'adozione di accomodamenti ragionevoli in favore dei lavoratori con riduzione della capacità lavorativa superiore al 50 per cento, *incluso l'apprestamento di tecnologie di telelavoro*» (corsivo dell'A). Benché la norma in questione menzioni il telelavoro e non il lavoro agile, è chiaro come l'indicazione del primo sia meramente esemplificativa e che anche l'adozione del secondo consenta al datore di lavoro di accedere ai contributi erogati dal Fondo regionale per l'occupazione dei disabili. Si conferma, dunque, la validità del lavoro a distanza come forma di accomodamento ragionevole, nonché l'impressione per cui dall'adozione del lavoro agile non derivi – almeno a prima vista – «un onere finanziario sproporzionato» (art. 5 dir. 2000/78/CE). Sennonché, tali contributi sono concessi solo qualora si tratti di accomodamenti ragionevoli posti in essere in favore di lavoratori con riduzione della capacità lavorativa superiore al 50%, circostanza che, purtroppo, crea ulteriori disuguaglianze all'interno della categoria dei lavoratori disabili⁶³.

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». In questo senso, più di recente, anche App. Milano 15 novembre 2023, cit. In precedenza, invece, seppure in termini meno stringenti, v. Cass., 19 marzo 2018, n. 6798, cit. e Cass., 19 dicembre 2019, n. 34132, cit.

⁵⁹ Cfr. ancora una volta Cass., 9 marzo 2021, n. 6497, cit., ove si afferma che l'obbligo di adottare soluzioni ragionevoli «si caratterizza non tanto, in negativo, per il divieto di comportamenti che violano la parità di trattamento, quanto piuttosto per il suo profilo di azione, in positivo, volta alla ricerca di misure organizzative ragionevoli idonee a consentire lo svolgimento di un'attività lavorativa, altrimenti preclusa, a persona con disabilità».

⁶⁰ Cfr. RICCARDI, *L'inserimento del lavoratore disabile nell'organizzazione datoriale*, cit., 696 e PALLADINI, op. cit., 94 ss.

⁶¹ Cfr. D. GAROFALO, op. cit., 1228 ss., nonché 1239 ss.; PALLADINI, op. cit., 91 ss.; DE FALCO, *Accomodamenti ragionevoli: sovvenzioni nel settore privato, accessibilità ovunque*, cit., 433 ss.

⁶² Sulle forme di compensazione degli oneri derivanti dall'adozione di accomodamenti ragionevoli v. almeno DE FALCO, *Accomodamenti ragionevoli: sovvenzioni nel settore privato, accessibilità ovunque*, cit., 444 ss. e SPINELLI, op. cit., 44 ss., nonché 55 ss.

⁶³ La norma citata, infatti, non si riferisce a tutti i lavoratori disabili, ma solo a quelli «certificati» e – per giunta – solo a quanti di loro presentino una riduzione della capacità lavorativa superiore al 50%, il che non può che riflettersi sul concetto di «onere finanziario sproporzionato» (art. 5 dir. 2000/78/CE) e, quindi, sui livelli di tutela assicurati a soggetti che, pur diversi,

4. Cenni sulla figura del caregiver nella legislazione e nella giurisprudenza recenti

Sintomatica del diverso bilanciamento d'interessi sotteso alle condizioni di disabilità e fragilità è anche la differente attenzione riservata dal legislatore alla figura del *caregiver* nelle due ipotesi di cui si sta trattando. Se, infatti, nel caso del lavoratore fragile l'attenzione del legislatore verso la figura (del lavoratore) che si occupa di assisterlo risulta piuttosto scarsa, se non completamente assente, lo stesso non può dirsi per il *caregiver* di un lavoratore affetto da disabilità, purché peraltro si tratti di disabile *ex l. n. 104/1992*.

Per quanto riguarda i fragili, l'unica norma posta a presidio del loro eventuale *caregiver* risulta essere l'art. 39, comma 2-*bis*, d.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito con modificazioni in l. 24 aprile 2020, n. 27. Da tale disposizione, da leggersi congiuntamente al precedente comma 2 del medesimo art. 39, deriva il riconoscimento di una «priorità nell'accoglimento delle istanze di svolgimento delle prestazioni lavorative in modalità agile» formulate «[d] ai lavoratori immunodepressi e [d]ai familiari conviventi di persone immunodepresse» del settore privato⁶⁴. La disposizione in questione presenta molteplici profili di criticità, a partire dal fatto che non trova applicazione nei confronti dei lavoratori alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni e dei loro *caregivers*. Tuttavia, il difetto più significativo va identificato nel fatto che la norma in discorso non si riferisce alla generalità dei lavoratori fragili e dei loro *caregivers*, bensì solo ed esclusivamente ai lavoratori immunodepressi, categoria che – per quanto ampia – non ricomprende certo tutti i soggetti in condizione di fragilità.

Situazione non poi così diversa quella del *caregiver* di persona disabile, perlomeno se come chiave di lettura continua ad adottarsi esclusivamente il lavoro agile. Infatti, anche in questo caso, il legislatore si limita a riconoscere ai loro *caregivers* una mera priorità nell'accesso al lavoro agile ai sensi dell'art. 18, comma 3-*bis*, l. n. 81/2017 e dell'art. 33, comma 6-*bis*, l. n. 104/1992. Tuttavia, ampliando lo sguardo e volgendolo verso gli altri istituti di conciliazione vita-lavoro presenti all'interno dell'ordinamento, ci si accorgerà che a questa figura il legislatore dedica ben altre attenzioni. Si pensi, ad esempio, al “diritto all'inamovibilità” del lavoratore che assiste un familiare in condizione di disabilità grave ai sensi dell'art. 33, comma 5, l. n. 104/1992, ai permessi di cui ai commi 2 e 3 del medesimo art. 33, nonché ai permessi e ai congedi riconosciuti dagli artt. 33 e 42 d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151 ed, infine, ai diritti di priorità nella trasformazione del contratto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale sanciti dall'art. 8, commi 4 e 5, d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81. Cionondimeno, anche nel caso del *caregiver* di soggetto disabile si registrano delle criticità, la principale delle quali è da riferire – ancora una volta – all'assenza di una definizione

presentano comunque una condizione di disabilità e di bisogno.

⁶⁴ Per un più ampio commento a tale disposizione sia consentito il rinvio a Turrin, op. cit., 11 ss.

univoca di disabilità. Infatti, le disposizioni relative agli istituti di conciliazione vita-lavoro pensati per agevolare i lavoratori *caregivers* di persone disabili nello svolgimento della loro attività di cura ed assistenza fanno esclusivo riferimento al concetto di disabilità (grave) rilevante ai fini della l. n. 104/1992.

Se si prende invece in considerazione la nozione eurounitaria di disabilità, viene in rilievo la ben nota elaborazione giurisprudenziale della figura della discriminazione "per associazione". Esempio, al riguardo, è il caso *Coleman*⁶⁵. Sulla base di questa giurisprudenza si potrebbe, ad esempio, giungere a dichiarare discriminatoria un'organizzazione dell'orario di lavoro che ostacoli un *caregiver* nel prestare cura ed assistenza ad un familiare disabile. Del resto, oggi l'art. 25, comma 2-bis, d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198, così come modificato dall'art. 2, comma 1, lett. c), l. 5 novembre 2021, n. 162, qualifica espressamente come discriminatorio «ogni trattamento o modifica dell'organizzazione delle condizioni e dei tempi di lavoro che, in ragione [...] delle esigenze di cura personale o familiare», ponga il lavoratore interessato in una «posizione di svantaggio rispetto alla generalità degli altri lavoratori». Del diritto ad accomodamenti ragionevoli, invece, sembra possano giovare esclusivamente i lavoratori il cui *handicap* integri la nozione comunitaria di disabilità e non anche i loro *caregivers*⁶⁶. In questo senso, del resto, depone anche la sopracitata sentenza *Coleman*, ove la stessa Corte di giustizia menziona l'art. 5 della dir. 2000/78/CE – relativo al diritto a soluzioni ragionevoli – subito dopo aver espressamente riconosciuto che «la direttiva 2000/78 contiene diverse disposizioni applicabili, come risulta dalla loro stessa formulazione, unicamente alle persone disabili»⁶⁷. Ciò vale, in particolare, per gli accomodamenti ragionevoli, trattandosi di «misure volte a tener conto delle esigenze dei disabili sul lavoro e ad adeguare il luogo di lavoro a seconda della loro disabilità», misure che «potrebbero rivelarsi sproporzionate se non fossero limitate alle sole persone disabili»⁶⁸.

Tuttavia, recentemente, persino la Corte di Cassazione si è interrogata sul punto, sollevando – ex art. 267 TFUE – una questione pregiudiziale sull'interpretazione degli artt. 2 e 5 della dir. 2000/78/CE. Il giudice della nomofilachia ha infatti chiesto alla Corte di giustizia se tali disposizioni debbano essere interpretate nel senso che anche al lavoratore *caregiver* di un soggetto disabile spetti il diritto a soluzioni ragionevoli, a dimostrazione del fatto che la questione è assai più controversa di quanto non si pensasse⁶⁹. Al giudice di legittimità,

⁶⁵ Ci si riferisce a C. giust., 17 luglio 2008, causa C-303/06, *Coleman*, in *D&L*, 2008, 1169, con nota di CALAFÀ, *Disabilità, discriminazione e molestia "associata": il caso Coleman e l'estensione elastica del campo di applicazione soggettivo della direttiva 2000/78*.

⁶⁶ *Contra*, Trib. Bari, 26 giugno 2018, in *ADL*, 2018, 6, 1647, con nota di ROSSI, *Assistenza al familiare disabile e obbligo datoriale di adottare "ragionevoli accomodamenti"* e BONARDI, *Il diritto di assistere. L'implementazione nazionale delle previsioni a favore dei caregivers della direttiva 2019/1158 in materia di conciliazione*, in AA.VV., *Diritto di conciliazione. Prospettive e limiti della trasposizione della direttiva 2019/1158/UE*, Editoriale Scientifica, 2023, 119.

⁶⁷ C. giust., 17 luglio 2008, causa C-303/06, *Coleman*, cit.

⁶⁸ C. giust., 17 luglio 2008, causa C-303/06, *Coleman*, cit.

⁶⁹ Cfr. Cass., 17 gennaio 2024, n. 1788, in *DEG*, 2024, 13, 8, con nota di LEVERONE, *Il diritto del caregiver familiare ad una tutela piena contro le discriminazioni*.

inoltre, non è sfuggito che «sarebbe doveroso definire la nozione di *caregiver* rilevante ai fini dell'applicazione della Direttiva 2000/78/CE del Consiglio del 27 novembre 2000»⁷⁰. Tale questione si pone poiché, allo stato attuale, così come manca a livello nazionale una nozione univoca ed unitaria di disabilità, lo stesso deve dirsi – pur con i dovuti distinguo – con riguardo alla figura del *caregiver*. Infatti, mentre la dir. 2000/78/CE non si preoccupa di tale profilo, la rilevanza della definizione di *caregiver* fornita dall'art. 3, par. 1, lett. d), dir. 2019/1158/UE⁷¹, attuata con d.lgs. 30 giugno 2022, n. 105⁷², risulta circoscritta all'ambito di applicazione della direttiva medesima.

Il quadro cambia, ma solo in parte, se si guarda all'ordinamento interno. Il problema, infatti, invece che scomparire, si ripropone in forma diversa. Se, in effetti, l'art. 1, comma 255, l. 27 dicembre 2017, n. 205 fornisce una definizione di *caregiver*⁷³, quest'ultima risulta scarsamente coordinata con altre disposizioni di legge, a cominciare dalla l. n. 104/1992, la quale fornisce una nozione di *caregiver* più ristretta⁷⁴. Inoltre, non è affatto chiaro se la definizione fornita dal legislatore nel 2017 possa essere adoperata al di là dei casi in cui risulta espressamente menzionata e, più precisamente, nell'ambito del diritto antidiscriminatorio. Per di più, a questa definizione non si accompagna un vero e proprio statuto giuridico, ovvero un apparato coerente e sistematico di diritti, garanzie e forme di sostegno che agevolano il *caregiver* nell'espletamento delle sue funzioni. Non sorprende, dunque, che di recente il Comitato delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità abbia rilevato che il nostro Paese viola diverse disposizioni dell'omonima Convenzione, non assicurando ai *caregivers* familiari e, quindi, alle persone con disabilità un adeguato livello di tutela ed assistenza⁷⁵.

⁷⁰ Cass., 17 gennaio 2024, n. 1788, cit.

⁷¹ Secondo l'art. 3, par. 1, lett. d), dir. 2019/1158/UE, per "prestatore di assistenza" deve intendersi «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».

⁷² Per un commento sistematico ai contenuti del d.lgs. n. 105/2022 v. D. GAROFALO, TIRABOSCHI, FILI, TROISI (a cura di), op. cit., 407 ss., nonché AA.VV., op. cit., *passim*.

⁷³ In base all'art. 1, comma 255, l. n. 205/2017, «si definisce caregiver familiare la persona che assiste e si prende cura del coniuge, dell'altra parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso o del convivente di fatto ai sensi della legge 20 maggio 2016, n. 76, di un familiare o di un affine entro il secondo grado, ovvero, nei soli casi indicati dall'articolo 33, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, di un familiare entro il terzo grado che, a causa di malattia, infermità o disabilità, anche croniche o degenerative, non sia autosufficiente e in grado di prendersi cura di sé, sia riconosciuto invalido in quanto bisognoso di assistenza globale e continua di lunga durata ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, o sia titolare di indennità di accompagnamento ai sensi della legge 11 febbraio 1980, n. 18». In proposito, v. almeno PISTORE, *Alla ricerca di un inquadramento giuridico per il caregiver familiare*, in DEL PUNTA, GOTTARDI, NUNIN, TIRABOSCHI (a cura di), *Salute e benessere dei lavoratori: profili giuslavoristici e di relazioni industriali*, ADAPT University Press, 2020, 205 ss.

⁷⁴ Cfr. BONARDI, op. cit., 116.

⁷⁵ Decisione CRPD/C/27/D/51/2018, in <https://www.dirittoantidiscriminatorio.it/lonu-condanna-litalia-per-violazione-dei-diritti-umani-dei-caregiver-familiari/>.

5. Considerazione conclusive

Alla luce di quanto sinora evidenziato, va riconosciuto come le due situazioni del lavoratore disabile e di quello in condizione di fragilità, pur analoghe, siano trattate dal legislatore in maniera sostanzialmente diversa, forse addirittura irragionevole. Tale disparità emerge nitidamente sia analizzando la normativa che riconosce in loro favore un canale di accesso preferenziale al lavoro agile, sia prendendo in esame l'ambito applicativo della normativa antidiscriminatoria e le tutele accordate al loro eventuale *caregiver*.

Dato che la normativa vigente non riconosce più alcuna rilevanza alla condizione di fragilità, si potrebbe pensare che il problema di cui si sta trattando abbia ormai perso di rilievo ed attualità, non ponendosi più – nemmeno in astratto – alcuna questione di disparità di trattamento tra le categorie dei fragili e dei disabili. Tuttavia, la questione di cui si sta discutendo sembra foriera di implicazioni anche per il futuro. Infatti, benché il legislatore si accinga a riformare la materia dando attuazione alle deleghe contenute nella l. n. 227/2021⁷⁶, non è da escludersi che in futuro possano ripresentarsi situazioni di ingiustificata disparità di trattamento non dissimili da quella messa in evidenza in questa sede. Per evitare alla radice il problema occorrerebbe che il legislatore adottasse una nozione univoca di disabilità, astenendosi al contempo dal graduare le tutele accordate a categorie di soggetti tra loro sostanzialmente omogenee come quelle dei lavoratori in condizione di fragilità, con *handicap* o affetti da malattie croniche in ragione di definizioni e parametri inidonei a differenziare davvero. Diverse e significative, infatti, sono le incongruenze che sono state rilevate in questa sede rispetto alle forme di tutela accordate a questi soggetti e ai loro eventuali *caregivers*, pur essendo la loro condizione poi non così dissimile⁷⁷. Non che queste diverse categorie di lavoratori in stato di bisogno debbano necessariamente essere trattate allo stesso modo. Anzi, ciascuna di queste categorie presenta delle specificità di cui il legislatore dovrebbe tener conto. Al contempo, però, si avverte l'esigenza di evitare irragionevoli disparità di trattamento tra categorie di lavoratori fra loro di fatto contigue, il che richiede, *in primis*, di individuare dei criteri idonei a delimitare con maggiore chiarezza i confini tra l'una e le altre e, *in secundis*, di assicurare in ogni caso che a fronte di situazioni di bisogno simili siano garantite tutele comparabili, senza alcuna distinzione tra lavoratori pubblici e privati.

⁷⁶ Va peraltro segnalato almeno in nota come ad alcune delle deleghe contenute all'interno della l. n. 227/2021 il legislatore abbia invero già dato attuazione. Ci si riferisce, anzitutto, alla delega di cui all'art. 2, co. 2, lett. f), relativa all'istituzione di un Garante nazionale delle disabilità, figura la cui composizione e le cui funzioni sono infatti state definite con d.lgs. 5 febbraio 2024, n. 20. Tuttavia, ai sensi dell'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 20/2024, l'effettiva istituzione dell'Autorità Garante nazionale dei diritti delle persone con disabilità non avverrà prima del 1° gennaio 2025. Non va poi scordata la delega di cui all'art. 2, co. 2, lett. e), relativa alla riqualificazione dei servizi pubblici per l'inclusione e l'accessibilità, la quale ha trovato attuazione con d.lgs. 13 dicembre 2023, n. 222.

⁷⁷ Dello stesso avviso, ad esempio, anche VERZULLI, op. cit., 8.

Fatta questa considerazione, resta da spendere qualche parola sulla validità del lavoro agile quale forma di accomodamento ragionevole.

Quest'ultimo, in effetti, risulta particolarmente indicato per garantire l'accesso e la permanenza all'interno del mercato del lavoro di molti soggetti portatori di *handicap*, consentendo loro altresì di conciliare vita, lavoro e salute. Lo dimostrano le numerose sentenze, comprese quelle qui commentate, con cui diversi lavoratori – non solo fragili e disabili – hanno agito *ex art. 700 c.p.c.* contro il proprio datore di lavoro al fine di vedersi riconosciuto, a vario titolo, un “diritto” al lavoro agile⁷⁸.

Eppure, com'è noto, l'istituto di cui al Capo II della l. n. 81/2017 presenta anche delle “controindicazioni”, essendo noti i rischi per la salute e la sicurezza dei lavoratori ad esso associati⁷⁹. Tra questi, ve n'è uno che, ad opinione di chi scrive, deve essere tenuto in particolare considerazione nel caso in cui il lavoro agile venga “concesso” quale accomodamento ragionevole per i lavoratori disabili: si tratta del rischio da isolamento⁸⁰, un rischio espressamente considerato dall'art. 3, comma 10, d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81⁸¹. È noto, infatti, come lo svolgimento della prestazione lavorativa da remoto possa causare una diminuzione delle occasioni di socialità, isolando lo *smart worker*. Così, se da un lato il lavoro agile può consentire al lavoratore disabile di continuare a prestare la propria attività lavorativa senza pregiudicare le sue condizioni di salute, d'altro lato può anche produrre effetti in qualche modo perversi, ovvero ostacolare quell'integrazione sociale e lavorativa che invece l'accomodamento ragionevole dovrebbe proprio favorire⁸². Occorrerà, quindi, trovare un equo bilanciamento tra prestazione lavorativa “in sede” e prestazione di lavoro in modalità agili, sì da non compromettere il benessere e la salute mentale del lavoratore disabile isolandolo dai suoi colleghi e dal contesto lavorativo. Di questo rischio – fortunatamente – si dimostrano consapevoli sia le *Linee guida in materia di collocamento mirato delle persone con disabilità*, sia diversi contratti collettivi aziendali in materia di lavoro agile conclusi dopo l'emergenza pandemica, i quali prevedono la necessità di rientri periodici del personale in *smart working* in modo da consentire momenti di scambio e di socialità.

⁷⁸ Cfr. D'ASCOLA, *Il lavoro a distanza come diritto? Sui 700 dell'emergenza (e sulla normalizzazione del lavoro agile)*, in *Questione Giustizia*, 29 giugno 2020.

⁷⁹ Sui rischi per la salute e la sicurezza associati al lavoro agile e, in particolare, su quelli di natura psico-sociale, considerati unanimemente dalla dottrina come quelli più insidiosi, v. almeno BENINCASA, FERRARA, *Smart working e rischi psico-sociali: una prospettiva di analisi interdisciplinare*, in BROLLO, DEL CONTE, MARTONE, SPINELLI (a cura di), op. cit., 146 ss. e LAZZARI, *Lavoro senza luogo fisso, de-materializzazione degli spazi, salute e sicurezza*, in *LLI*, 2023, 1, 21 ss.

⁸⁰ Sul rischio da isolamento per lo *smart worker* v. MALZANI, *Il lavoro agile tra opportunità e nuovi rischi per il lavoratore*, in *DLM*, 2018, 1, 26 ss. e BIAGIOTTI, *Lavoro agile nella pubblica amministrazione e rischi psicosociali*, in *DSL*, 2022, 2, 58 ss., nonché EU-OSHA, *Hybrid work: new opportunities and challenges for occupational safety and health*, 2023, 10 ss.

⁸¹ Secondo l'art. 3, comma 10, d.lgs. n. 81/2008, infatti, il datore di lavoro è tenuto a garantire l'adozione di misure dirette a prevenire l'isolamento del lavoratore a distanza rispetto agli altri lavoratori interni all'azienda, permettendogli di incontrarsi con i colleghi e di accedere alle informazioni dell'azienda, nel rispetto di regolamenti o accordi aziendali.

⁸² Del rischio che il lavoro agile, da strumento di inclusione, si trasformi paradossalmente in uno strumento di segregazione lavorativa dei lavoratori con disabilità se ne avvedono, tra gli altri, anche BROLLO, *Lavoro agile per i lavoratori fragili: lezioni dalla pandemia*, cit., 417 e VERZULLI, op. cit., 14.

In relazione alla necessità di modellare il lavoro agile sulle specifiche esigenze dei lavoratori con disabilità, favorendone il *work-life balance* e l'occupabilità, un ruolo importante potrebbe essere svolto dalla contrattazione collettiva, così come da quelle figure – a cominciare dal *disability manager*⁸³, la cui istituzione è obbligatoria nelle pubbliche amministrazioni⁸⁴ – deputate all'inserimento lavorativo e all'integrazione dei lavoratori disabili. A questo proposito, la strada più indicata per la gestione dell'inserimento lavorativo delle persone con disabilità sembra essere quella del *diversity management*, ovvero quell'insieme di politiche e *best practices* nella gestione delle risorse umane volte ad affrontare quelle criticità che spesso insorgono nei luoghi di lavoro per la compresenza di individui aventi caratteristiche personali eterogenee, trasformando la diversità in ricchezza ed opportunità sia per la persona che per l'impresa⁸⁵. Sempre nel contesto del *diversity management*, inoltre, potrebbero trovare adeguato riconoscimento le istanze di tutela dei lavoratori fragili, nonché – più in generale – dei lavoratori vulnerabili, da intendersi come tutti quei soggetti meritevoli di una particolare protezione in ragione di una situazione di svantaggio e debolezza da riferire vuoi allo stato di salute, vuoi alle condizioni personali, familiari o sociali e, per questo motivo, maggiormente esposti al rischio di esclusione socio-lavorativa.

Da questo punto di vista, non vanno sottovalutati quei passaggi delle *Linee guida in materia di collocamento mirato delle persone con disabilità* che invitano la contrattazione collettiva ad occuparsi del tema delle soluzioni ragionevoli, contrattazione che – in particolare – è chiamata a «favorire una codificazione degli accomodamenti ragionevoli sulla base di quanto enucleato dalla Giurisprudenza di merito fino ad ora». La contrattazione collettiva, in effetti, si pone come la sede più adatta per coniugare la disciplina del lavoro agile e quella relativa alle soluzioni ragionevoli, definendo – ad esempio – le priorità d'accesso, le forme di accomodamento ragionevole eventualmente necessarie per rendere possibile lo svolgimento della prestazione in modalità agile e l'alternanza tra prestazione "in sede" e da remoto al fine di evitare il rischio da isolamento⁸⁶. Trattasi, del resto, di un'ipotesi espressamente prevista dall'art. 10 del *Protocollo Nazionale sul lavoro in mo-*

⁸³ Si vedano l'art. 14, comma 4, lett. b), l. n. 68/1999 e l'art. 1, comma 1, lett. e), d.lgs. n. 151/2015, disposizioni che – al pari delle *Linee guida in materia di collocamento mirato delle persone con disabilità* – contemplano espressamente, seppur in termini meramente promozionali, l'istituzione di un responsabile dell'inserimento lavorativo dei lavoratori disabili nelle imprese.

⁸⁴ Cfr. l'art. 39-ter d.lgs. n. 165/2001, rubricato «Responsabile dei processi di inserimento delle persone con disabilità». Sull'assunzione dei lavoratori disabili nelle pubbliche amministrazioni, anche con particolare riguardo alla figura del Responsabile dei processi di inserimento delle persone con disabilità, v. almeno CAFFIO, RICCARDI, *Questioni vecchie e nuove in tema di assunzioni dei disabili nelle pubbliche amministrazioni*, in *LPA*, 2023, 1, 41 ss.

⁸⁵ Sul *diversity management* v. NUNIN, op. cit., 893 ss.; MALZANI, *Dal collocamento mirato al diversity management*, cit., 725 ss.; EAD., *Benessere e sicurezza dei lavoratori: oltre la disabilità*, in *VTDL*, 2020, 4, 978 ss.; KARA, PACHALA-SZYMCZYK, ROSA, TONELLI, *Reasonable accommodation beyond disability: an inclusive equality approach through the organisation of the enterprise*, in *DSL*, 2024, 1, 53 ss.

⁸⁶ Sul possibile ruolo della contrattazione collettiva nell'adattare la disciplina del lavoro agile alle esigenze dei lavoratori con disabilità v., ad esempio, BROLLO, *Fragilità e lavoro agile*, cit., 8 ss., nonché PASCUCCI, op. cit., 717 ss. e VERZULLI, op. cit., 15 ss.

dalità agile del 7 dicembre 2021, disposizione secondo cui «le Parti sociali si impegnano 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»⁸⁷.

Più in generale, pare che tanto la contrattazione collettiva quanto le pratiche di *diversity management* possano fornire un importante contributo nell'indirizzare il lavoro agile verso finalità ulteriori e diverse rispetto a quelle indicate dall'art. 18, comma 1, l. n. 81/2017⁸⁸. Non a caso, tale istituto è stato definito polifunzionale⁸⁹. Così, oltre ad una migliore conciliazione vita-lavoro, si è visto come l'istituto in parola possa favorire, in qualità di accomodamento ragionevole, l'inserimento e la permanenza dei lavoratori disabili o in condizione di fragilità all'interno del mercato del lavoro, salvaguardandone inoltre la salute e persino la professionalità. Già note, poi, le sue potenzialità quale strumento per il ripopolamento delle cosiddette aree interne e, più in generale, delle aree svantaggiate⁹⁰. Meno esplorate, invece, sono le sue possibili applicazioni quale strumento di *active ageing*⁹¹, anche se le cose potrebbero presto cambiare. Infatti, l'art. 5, comma 2, d.lgs. 15 marzo 2024, n. 29, adottato in attuazione della delega di cui agli artt. 3-5 l. 23 marzo 2023, n. 33, impegna espressamente il datore di lavoro a porre in essere «ogni iniziativa diretta a favorire le persone anziane nello svolgimento, anche parziale, della prestazione lavorativa in modalità agile, nel rispetto della disciplina prevista dai contratti collettivi nazionali di settore vigenti»⁹². Sembra dunque assodato che le funzioni assolte dall'istituto di cui al Capo II della l. n. 81/2017 possano essere molteplici. Allo stesso tempo, però, va preso atto del fatto che per rendere effettiva questa polifunzionalità l'istituto del lavoro agile deve essere sapientemente plasmato e modellato tenendo conto del contesto nel quale viene calato e delle finalità per cui viene implementato, il che conferma ancora una volta, laddove ce ne fosse stato davvero bisogno, l'importante funzione adattiva svolta dalla contrattazione collettiva nella regolamentazione di questo istituto.

⁸⁷ In proposito, v. almeno DE FALCO, *Il Protocollo sul lavoro agile per l'inclusione sociale delle persone con disabilità*, in *Boll. Adapt*, n. 44/2021.

⁸⁸ Cfr., ad esempio, BROLLO, *Fragilità e lavoro agile*, cit., 8 ss., nonché PASCUCCI, op. cit., 717 ss. e VERZULLI, op. cit., 13 ss.

⁸⁹ Cfr. BROLLO, *La polifunzionalità del lavoro agile*, in *DML*, 2023, 3, 551 ss.

⁹⁰ In proposito, v. almeno DE FALCO, *Il lavoro agile nelle (e per) le Aree interne*, in BROLLO, DEL CONTE, MARTONE, SPINELLI (a cura di), op. cit., 22 ss., nonché, con specifico riguardo al cosiddetto *South working*, ZILLI, *Dal telelavoro... al telelavoro: vent'anni (e due pandemie) attorno alla prestazione resa fuori dai locali dell'organizzazione*, in *ADL*, 2022, 4, 711 ss.

⁹¹ Sul fattore età nel contesto del diritto del lavoro, sull'*age management* e sulle misure di invecchiamento attivo v. ZILLI (a cura di), *La discriminazione per età*, in *VTDL*, 2023, 2, 325 ss., nonché FILI (a cura di), *Quale sostenibilità per la longevità? Ragionando degli effetti dell'invecchiamento della popolazione sulla società, sul mercato del lavoro e sul welfare*, *ADAPT e-Book*, n. 95/2022 e, in particolare, BROLLO, *Lavoro agile: prima gli anziani?*, *ivi*, 67 ss.

⁹² Per persona anziana, ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 29/2024, si intende la persona che ha compiuto 65 anni di età.