

Licenziamento e disabilità alla prova della giurisprudenza.

Commento alle sette sentenze della Corte di cassazione

di Federico Avanzi

consulente del lavoro

Il contributo sviluppa la nota questione dei profili discriminatori del licenziamento intimato per superamento del "comporto", fornisce una lettura complessiva delle sette pronunce espresse finora dalla Corte di Cassazione, ponendole a confronto con le tesi proposte in dottrina, concludendo, poi, con considerazioni, anche *de iure condendo*, in chiave applicativa.

1. Premessa

In epoca recente, non può porsi in dubbio come l'appartenere a un ordinamento c.d. "multilivello" e, segnatamente, l'aver costituzionalmente riconosciuto il "primato" del diritto dell'Unione Europea¹, abbia contribuito, come niente prima, a sparigliare le direttrici classiche di tutela del lavoro subordinato.

Su tutti, si pensi alla forza dirompente esercitata dal diritto antidiscriminatorio di matrice unionale, il quale, per dirne una, anche mediante la sua naturale attitudine a valicare i perimetri segnati dalla norma inderogabile di legge, ha scardinato uno dei dogmi della giurisprudenza nazionale lavoristica, come da sempre era stata l'intangibilità dell'assetto organizzativo stabilito dal titolare dell'impresa².

Questo, in particolare, attraverso l'istituto degli "accomodamenti ragionevoli"³ che, proprio al fine di garantire il rispetto del principio della parità di trattamento delle persone con disabilità, consente di "correggere" l'effetto discriminatorio, non solo di scelte ovvero prassi in uso a una determinata azienda, ma anche, "a monte", di disposizioni di origine contrattuale-collettiva e finanche legislativa.

Esempio calzante è rappresentato dall'inedito⁴ confronto della giurisprudenza di merito formatosi attorno al licenziamento per superamento del periodo di comporto e ai suoi potenziali profili d'indiretta discriminazione.

Una vera e propria "crisi"⁵ della fattispecie *ex art. 2110 c.c.*, scaturita dall'esegesi della direttiva 2000/78/CE da parte della Corte di Giustizia, la quale, con due specifiche pronunce⁶, ancorché riguardanti ordinamenti e situazioni normative del tutto peculiari, ha messo in fila una serie di principi che hanno finito col colpire, forse irrimediabilmente, anche la nostra risalente disposizione codicistica: 1) che una malattia, curabile o non curabile, può, a certe condizioni, inverare la nozione eurolunitaria di *handicap*; 2) ai fini della protezione garantita dalla direttiva, rilevano anche le assenze connesse all'*handicap*, in quanto un lavoratore disabile è esposto a un rischio maggiore di cumularne, rispetto a un collega normodotato; 3) l'eventuale licenziamento o la normativa a suo presupposto sono condizionati dall'obbligo datoriale di adottare «*misure adeguate*» e/o «*soluzioni ragionevoli*» ovvero dall'esistenza di una «*finalità legittima*», laddove attuata con mezzi appropriati e necessari.

Ragion per cui, data anche la posta in palio, cioè l'applicazione al recesso dichiarato illegittimo della tutela reale c.d. "piena", non stupisce affatto l'entità del contenzioso istaurato pressoché in tutti fori

¹ Cfr. C. Cost. 11 marzo 2022, n. 67, in <https://giurcost.org>.

² Cfr. Cass., 9 marzo 2021, n. 6497, in www.wikilabour.it.

³ Art. 2, paragrafo 2, lettera b), ii), direttiva 2000/78/CE; art. 3, comma 3-bis, d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216.

⁴ Fra le prime pronunce, Trib. Milano, 28 ottobre 2016, n. 2875.

⁵ AVANZI, *Il recesso per superamento del "comporto" alla prova del diritto antidiscriminatorio. La "crisi" dell'art. 2110 c.c. nell'ordinamento "multilivello"*, in *Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi*, 2022.

⁶ C. giust., 11 aprile 2013, C335/11 e C337/11, HK Danmark e C. giust., 18 gennaio 2018, C270/16, Ruiz Conejero, in <https://curia.europa.eu>.

italiani, ma che, per eterogeneità dei ragionamenti percorsi e difformità delle decisioni adottate⁷, non poteva che esigere, specialmente nella prospettiva dell'operatore di diritto, un intervento, almeno in parte, chiarificatore della giurisprudenza di legittimità, quantomeno, su tre principali questioni giuridico-applicative: 1) quali gli estremi (normativi, di certificazione, allegazione *etc.*) per ritenere sussistente una condizione di *handicap*? 2) Come incide sulla fattispecie discriminatoria, la mancata conoscenza o conoscibilità, *ex ante*, del predetto stato da parte del datore di lavoro? 3) lo scomputo dal periodo di comporto delle assenze connesse all'*handicap*, rappresenta l'unico "accomodamento ragionevole" possibile e con effetto "scriminante"?

2. Principi e "soluzioni" nel formante giurisprudenziale di Cassazione

E in effetti, come si tenterà, qui, di evidenziare, con un coeso ma progressivo formante interpretativo⁸ - sei estensori, per 7, fra ordinanze e sentenze -, la Corte di Cassazione sembra offrire, in termini di principi e "soluzione" della fattispecie, un quadro piuttosto nitido della propria angolazione esegetica; questo, peraltro, pur non mancando, opportunamente, di segnalare, la pendenza, sui propri convincimenti, di importanti responsi dalla magistratura europea⁹.

Procedendo, dunque, con ordine, il Supremo Collegio affronta, per la prima volta, l'intricata vicenda, con la sentenza del 31 marzo 2023, n. 9095¹⁰.

Nell'occasione, la Corte di legittimità era sollecitata dal ricorso datoriale avverso una pronuncia che, in sostanziale conformità¹¹ con il giudizio di prime cure, aveva ravvisato nel licenziamento intimato per superamento del comporto, una discriminazione indirettamente correlata alle allo stato di salute del lavoratore (dipendente con mansioni di spazzino stradale o spazzino porta-sacchi, riconosciuto portatore di *handicap* *ex art.* 3 comma 1 l. 5 febbraio 1992, n. 104, con capacità lavorativa ridotta del 75% e ritenuto inidoneo a diverse mansioni sulla base degli accertamenti sanitari).

In particolare, secondo il Collegio di seconda istanza, l'effetto discriminatorio vietato era consistito «alla luce del grave quadro patologico del lavoratore qualificabile come disabilità ai sensi della direttiva 2000/78/CE, nell'aver la società applicato l'articolo 42 CCNL Federambiente al lavoratore licenziato, trascurando di distinguere assenze per malattia ed assenze per patologie correlate alla disabilità, in contrasto con i principi espressi dalla sentenza della Corte di Giustizia UE con sentenza del 18/1/2018 in causa C-270/16»¹².

Cosicché, a fronte delle doglianze circa la propugnata non discriminatorietà, se complessivamente interpretata, della clausola collettiva *sub iudice*¹³, così come il non aver considerato, i giudici del gravame, il contegno omissivo del dipendente, il quale, una volta informato dell'ammontare dei giorni d'assenza accumulati e invitato a far pervenire sue osservazioni, nulla aveva riscontrato a riguardo¹⁴, la Cassazione, nel respingere i motivi di ricorso, coglieva l'opportunità per sbrogliare alcuni dei nodi problematici della fattispecie, come visto resi palesi, in epoca recente, dalle conclusioni tratte, tutt'altro che uniformemente, dai tribunali del merito (§ da 2. a 4.).

⁷ Per una rassegna complessiva della giurisprudenza di merito, SALVAGNI, *Il "prisma" delle soluzioni giurisprudenziali in tema di licenziamento del disabile per superamento del comporto: discriminazione indiretta, clausole contrattuali nulle, onere della prova e accomodamenti ragionevoli*, in LPO, 2023, III-IV, DAGNINO, *Comporto, disabilità e disclosure: note a margine di una querelle giurisprudenziale*, in ADL, 2023, I.

⁸ Ad avviso di chi scrive, ciascuna delle pronunce successive alla prima, oltre stabilizzarne gli approdi, né completa e arricchisce le questioni di principio e, con solo qualche distinguo, la dimensione applicativa, specialmente riguardo al decisivo aspetto del riparto degli oneri probatori.

⁹ Vedi l'ordinanza di rinvio pregiudiziale *ex art.* 267 TFUE, datata 4 gennaio 2024, del Tribunale di Ravenna, citata e riflettuta espressamente da una delle sentenze in commento.

¹⁰ Cass., 31 marzo 2023, n. 9095, in RGL, 2023, IV, 502-515, con nota di COSTANTINI.

¹¹ Cioè confermata, ma corretta su parzialmente differenti considerazioni. Cfr. Cass., 31 marzo 2023, n. 9095 cit., Fatti di causa, *sub* 2.

¹² *Ibidem*.

¹³ Ivi, Ragioni della decisione, *sub* 1.

¹⁴ Ivi, *sub* 2.

Limitandosi, in questa sede, ai passaggi chiave della sentenza - da considerarsi alla stregua di vere e proprie “fondamenta” per le sei successive pronunce -, dal complessivo *corpus* normativo e giurisprudenziale implicato nella circostanza, oltreché dalle specificità del caso affrontato, il Supremo Collegio ne ricava tre essenziali principi “di partenza”.

In primo luogo, che il maggior rischio, sopportato dal lavoratore con disabilità, di ulteriori assenze dovute a malattie connesse al suo stato e comportante, dunque, una maggiore propensione - ancorché potenziale - di accumulare giorni “utili” alla pertinente disciplina, in specie l’art. 2110 c.c., prescinde dalle peculiarità dei contesti normativi scaturenti le sentenze *HK Danmark*¹⁵ e *Ruiz Conejero*¹⁶, dovendo questi essere considerati, quindi, quali mere “occasioni” offerte alla Corte di Giustizia per esprimere una “constatazione” (*recte* “fattore di rischio”), in realtà di portata assolutamente generale e, come tale, indefettibilmente da considerare «nell’assetto dei rispettivi diritti e obblighi in materia, con la conseguenza che la sua obliterazione in concreto, mediante applicazione del periodo di comportamento breve come per i lavoratori non disabili, costituisce condotta datoriale indirettamente discriminatoria e perciò vietata»¹⁷.

Da secondo, dimostrando di considerare la *ratio* sottesa al precetto civilistico in parola¹⁸, la Cassazione precisava, altresì, come questo non significhi affatto che un limite massimo, in termini di giorni, non possa essere, anche per il prestatore subordinato con disabilità, per legge o per contratto, individuato, potendosi annoverare, sul piano teorico, il contrasto all’assenteismo per eccessiva morbilità fra le finalità legittime consentite, dal diritto dell’Unione, quali esimenti della discriminazione “indiretta”¹⁹.

Tuttavia, nel concreto caso dell’art. 2110 c.c., così come integrato dal C.C.N.L. applicato al rapporto in esame, tale causa di giustificazione non poteva rilevare, dovendo la questione arrestarsi, prima ancora di verificare la proporzionalità -i.e. appropriatezza e necessità - della disciplina rispetto a tale scopo; infatti, assumeva la Corte, il particolare rischio di maggiori assenze a cui era esposto il lavoratore con disabilità, appariva del tutto non riflettuto dalla composita regolazione normativa, con la conseguenza che «nella misura in cui la previsione del comportamento breve viene applicata ai lavoratori disabili e non, senza prendere in considerazione la maggiore vulnerabilità relativa dei lavoratori disabili ai fini del superamento del periodo di tempo rilevante, la loro posizione di svantaggio rimane tutelata in maniera recessiva»²⁰.

Da ultimo, constatando che nemmeno “soluzioni ragionevoli” erano state percorse, tangibilmente, nel caso sottoposto al suo vaglio²¹, la pronuncia si soffermava, invece, sul delicato tema del riparto degli oneri della prova, restando, tuttavia, fuori dai suoi approfondimenti, il cruciale profilo della conoscenza o conoscibilità, lato azienda, dell’*handicap* affliggente il dipendente, così come della sua correlazione alle assenze computate nel comportamento²².

A ogni modo, in forza delle rassegnate disposizioni antidiscriminatorie di matrice eurounitaria e del loro avvenuto recepimento nel diritto interno²³, la Cassazione rimarcava il fatto che «incombe sul lavoratore l’onere di allegare e dimostrare il fattore di rischio e il trattamento che assume come meno favorevole rispetto a quello riservato a soggetti in condizioni analoghe, deducendo al contempo una correlazione significativa tra questi elementi, mentre il datore di lavoro deve dedurre e provare

¹⁵ C. giust., 11 aprile 2013, C335/11 e C337/11, *HK Danmark* cit.

¹⁶ C. giust., 18 gennaio 2018, C270/16, *Ruiz Conejero* cit.

¹⁷ Cass., 31 marzo 2023, n. 9095 cit., Ragioni della decisione, *sub* 20-22.

¹⁸ Ossia contemperare gli interessi confliggenti del datore di lavoro, a mantenere alle proprie dipendenze solo chi lavora e produce, e del lavoratore, a disporre di un congruo periodo di tempo per curarsi senza perdere i mezzi di sostentamento e l’occupazione. Per tutte, Cass., 7 dicembre 2018, 31763, Ragioni della decisione, *sub* 15 e giurisprudenza ivi citata, in www.lavorosi.it.

¹⁹ Vedi art. 2, paragrafo 2, lettera b), i), direttiva 2000/78/CE.

²⁰ Cass., 31 marzo 2023, n. 9095 cit., Ragioni della decisione, *sub* 23-24.

²¹ Ivi, *sub* 25.

²² Dalla lettura della parte motiva infatti, entrambe le questioni appaiono superata dall’accertamento, anche a livello di presunzione, effettuato nella fase del merito. Cfr. Fatti di causa, *sub* 2 e Ragioni della decisione, *sub* 27 e 29.

²³ In particolare, lo speciale regime probatorio di cui all’art. 4 d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216, che a sua volta rimanda all’art. 28 d.lgs. 1settembre 2011, n. 150.

circostanze inequivoche, idonee ad escludere, per precisione, gravità e concordanza di significato, la natura discriminatoria della misura litigiosa»²⁴.

Ma a riprendere poi il discorso, lasciato in sospenso, sulla rilevanza “oggettiva” della discriminazione e dell'immanente questione della “consapevolezza” datoriale circa le cause dell'assenza del lavoratore, ci pensa, in una dinamica processuale sostanzialmente analoga²⁵ e facendo ampi richiami alla sentenza di marzo, l'ordinanza del 21 dicembre 2023, n. 35747²⁶.

Invero, nel caso *de quo*, oltre a rilevare l'adoperato riscontro, nella fase d'Appello, tanto dello *status* - alla stregua della direttiva 2000/78 - del prestatore subordinato (cronicamente affetto da *ipovisus* per retinite pigmentosa, cardiopatia ipertensiva, insufficienza renale cronica, sindrome di Klinefelter e riconosciuto invalido civile all'85%), quanto la sussistenza di causalità fra questo e le assenze per malattia determinati l'eccedenza del periodo “tollerato” contrattualmente (in specie, art. 42 C.C.N.L. Utilitalia), la pronuncia in commento si soffermava, altresì, sulla condotta datoriale *ante* licenziamento, la quale, evidentemente, non poteva che antecedere qualsivoglia definitiva valutazione effettuata, *ex post*, mediante accertamento giudiziale.

Segnatamente, secondo la Corte, dovendo ritenersi, anche in corso di rapporto, note all'Azienda²⁷ «sia la situazione di assenza ripetuta del lavoratore per malattia, sia la sua condizione di disabilità (e pertanto il suo rischio di assentarsi maggiormente dal lavoro per morbilità) [,] il medesimo datore di lavoro [avrebbe potuto] senz'altro prevedere, attraverso una valutazione combinata di entrambe le circostanze, che la condizione di disabilità del lavoratore si ponesse, come probabile fattore causale, all'origine delle assenze dal lavoro di cui si discute; sicché il datore, in base a diligenza e buona fede, fosse pure tenuto ad agire sul piano della disciplina del rapporto ed organizzativo - anche attraverso “soluzioni ragionevoli” - per neutralizzarne o ridimensionarne la portata ai fini del computo del comporto del lavoratore disabile, evitando così che si producesse il risultato discriminatorio vietato di cui si è discusso nella causa»²⁸.

Nell'affinare ulteriormente struttura e ragioni sottese agli oneri datoriali in attualità di rapporto, sembra poi cimentarsi anche la sentenza del 2 maggio 2024, n. 11731²⁹, impegnata da un ricorso datoriale avverso una pronuncia d'Appello di conferma della nullità, in quanto discriminatorio, del recesso intimato, sul presupposto dell'art. 21 C.C.N.L. Porti, a un lavoratore affetto da patologia oncologica.

Infatti, premesso che anche in questo caso, tutti i fattori “protetti” erano, comunque, stati oggetto di compiuto accertamento nella fase del merito, per la Corte di Cassazione, il margine d'incertezza che è insito nell'assetto probatorio “alleggerito” e tipizzato dalla disciplina antidiscriminatoria³⁰, non poteva che valere «anche in riferimento alla consapevolezza del datore di lavoro dell'“handicap di salute” del proprio dipendente, nel senso dell'onere del primo, una volta che sia edotto della condizione effettiva di handicap del secondo (nel caso di specie: documentata affezione dal luglio 2010 da una doppia neoplasia linfoproliferativa cronica sulla cute del padiglione auricolare destro), di attivarsi per approfondire le ragioni delle assenze per malattia eventualmente dipendenti dall'handicap noto, così da superare quell'incertezza su di sé negativamente ridondante, in quanto tenuto a provare l'insussistenza della discriminazione, una volta dimostrate le circostanze di fatto idonee a lasciarla desumere (così dovendosi intendere le affermazioni, in *merito all'irrelevanza*

²⁴ Cass., 31 marzo 2023, n. 9095 cit., Ragioni della decisione, *sub* 28.

²⁵ Ricorso di una società avverso una sentenza d'Appello che, in conformità con il giudizio di primo grado, aveva dichiarato nullo, in quanto discriminatorio, il licenziamento intimato per superamento del periodo di comporto.

²⁶ Cass., 21 dicembre 2023, n. 35747, in LB, www.rivistalabor.it, 22 febbraio 2024, con nota di SALVAGNI.

²⁷ Anche sulla base delle proprie difese, dove la medesima dichiarava di aver sempre adibito il lavoratore a mansioni compatibili con il suo stato di salute. Cfr. Cass., 21 dicembre 2023, n. 35747 cit., Ragioni della decisione, *sub* 8.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Cass., 2 maggio 2024, n. 11731, in LB, www.rivistalabor.it, 26 luglio 2024, con nota di ZAMPIERI.

³⁰ Tale da non richiedere la “gravità” (*i.e.* un elevato grado di probabilità della sussistenza del fatto ignoto desumibile dal fatto noto) degli elementi fattuali dimostrativi della fattispecie. Cfr. Ivi, Ragioni della decisione, *sub* 7.1.

dell'atteggiamento soggettivo dell'autore della discriminazione, in: Cass. 31 marzo 2023, n. 9095, in motivazione sub p.to 29)»³¹.

E a completamento di una siffatta logica argomentativa, interveniva, di lì a breve, la sentenza del 22 maggio 2024, n. 14316³², chiamata ad occuparsi di un licenziamento, ritenuto legittimo in tutte le fasi del merito, di un lavoratore affetto da grave patologia depressiva cronica, correlata alla sua condizione di soggetto portatore di *handicap* ai sensi della l. 5 febbraio 1992 cit.

Per vero, facendo richiamo di tutti i precedenti finora esaminati e accogliendo il ricorso promosso dal prestatore subordinato, la Suprema Corte procedeva, sempre più, verso il cuore della questione, esplicitando il fatto che la conoscenza o conoscibilità della condizione di *handicap* e della sua correlazione con le assenze per malattia, costituivano necessariamente, quali fattori di rischio “protetti”, un antecedente logico ai fini di verificare l'esimente degli accomodamenti ragionevoli posti a carico del datore di lavoro e, di conseguenza, un «momento indispensabile di valutazione della fattispecie»³³.

A tal proposito, oltre a rievocare il concetto di ordinaria diligenza a cui deve conformarsi la condotta datoriale³⁴, il Collegio di legittimità esemplifica anche le due macro-casistiche in cui il titolare del contratto, a suo discapito, poteva ritrovarsi: una prima, segnata dalla “piena” colpevolezza del proprio agire, in ipotesi di disabilità certamente conosciuta, vedi il caso del lavoratore assunto ex l. 12 marzo 1999, n. 68 ovvero di rappresentazione, da parte di quest'ultimo, nella comunicazione delle assenze o in qualsiasi altro modo, della personale condizione di svantaggio; una seconda, caratterizzata da maggior incertezza, ma non da incolpevolezza, per non avere, a esempio, il datore di lavoro effettuato, correttamente, la sorveglianza sanitaria ex art. 41 d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 o per non aver, del pari, adeguatamente considerato, seppure sintomatiche di un particolare stato di salute costituente una situazione di *handicap*, le certificazioni mediche e/o la documentazione in suo possesso³⁵.

A ogni modo, in entrambe le ipotesi, secondo la Corte, «per il datore di lavoro sorge, prima di adottare un provvedimento di licenziamento per superamento del periodo di comporto, un onere di acquisire informazioni - cui non può corrispondere un comportamento ostruzionistico del lavoratore - circa la eventualità che le assenze siano connesse ad uno stato di disabilità, per valutare, quindi, gli elementi utili al fine di individuare eventuali accorgimenti ragionevoli onde evitare il recesso dal rapporto»³⁶.

Una prospettiva dialogica all'interno della quale, come visto e per la prima volta, in ragione della natura ontologicamente “reattiva” delle «misure adeguate» ex art. 2, paragrafo 2, lettera b), ii) direttiva 2000/78/CE, non si lesina di esplicitare anche l'onere di cooperazione gravante sul prestatore subordinato.

Al fine di supportare tale convinzione, i giudici di legittimità si adoperano, poi, in una serie di eterogenei rimandi, normativi, ma anche privi di diretta o attuale cogenza sull'ordinamento interno: la nozione di discriminazione espressa dalla Convenzione di *New York*³⁷, la quale annovera, fra gli altri, «il rifiuto di un accomodamento ragionevole», lasciando così presupporre l'esistenza di una precedente richiesta effettuata dal lavoratore svantaggiato³⁸; il commento generale del Comitato per i diritti delle persone con disabilità³⁹, dove, parimenti, si discorre apertamente di «richiesta di accomodamento»⁴⁰; le conclusioni dell'Avvocato Generale nella sentenza *Ruiz Conejero*⁴¹, il quale

³¹ Ivi, *sub* 7.2.

³² Cass., 22 maggio 2024, n. 14316, in www.wikilabour.it.

³³ Cass., 22 maggio 2024, n. 14316 cit., Ragioni della decisione, *sub* 28, 33, 34 e 35.

³⁴ Vedi quanto osservato già in Cass., 21 dicembre 2023, n. 35747 cit. e, prima ancora, nella fondamentale Cass., 9 marzo 2021, n. 6497 cit.

³⁵ Cass., 22 maggio 2024, n. 14316 cit., Ragioni della decisione, *sub* 36, 37 e 38.

³⁶ Ivi, *sub* 39.

³⁷ Cfr. art. 2 Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, 13 dicembre 2006.

³⁸ Cass., 22 maggio 2024, n. 14316 cit., Ragioni della decisione, *sub* 41.

³⁹ *Committee on the rights of person with disabilities, General comment no. 6*, 14 febbraio 2018-marzo 2019, 6.

⁴⁰ Cass., 22 maggio 2024, n. 14316 cit., Ragioni della decisione, *sub* 42.

⁴¹ Conclusioni Avvocato Generale, causa C-270/16, 19 ottobre 2017, p. 45, in <https://curia.europa.eu>.

fa riferimento a un concetto di ragionevole conoscibilità del datore di lavoro⁴²; la complessiva riforma della materia di cui al d.lgs. 3 maggio 2024, n. 62, nella quale si positivizza⁴³, a favore della persona con disabilità, «*la facoltà di richiedere, con apposita istanza scritta [...] l'adozione di un accomodamento ragionevole, anche formulando una proposta*»⁴⁴.

Pe la Suprema Corte, in definitiva, «L'interlocuzione ed il confronto tra le parti [...] rappresentano, pertanto, una fase ineludibile della fattispecie complessa del licenziamento del lavoratore disabile per superamento del periodo di comportamento, proprio “al fine di non sconfinare in forme di responsabilità oggettiva” e, “per verificare l'adempimento o meno dell'obbligo legislativamente imposto dal comma 3-bis”»⁴⁵.

Da notare come identico sviluppo motivazionale⁴⁶ veniva, altresì, percorso dalla sentenza del 31 maggio 2024, n. 15282⁴⁷, nel rigettare il gravame datoriale contro l'annullamento del recesso intimato a un lavoratore invalido civile, sul presupposto dell'art. 4 C.C.N.L. Federculture.

Per quanto attiene, invece, ai provvedimenti da adottare, nel concreto, per “risolvere” il peculiare caso d'indiretta discriminazione, i toni della Cassazione del 22 maggio appaiono più incerti ed esplicitamente influenzati dalla questione pregiudiziale pendente innanzi alla Corte di Giustizia⁴⁸, tanto che l'allungamento del periodo, così come l'espunzione delle assenze, vengono citati dal Collegio quali metodi «a titolo esemplificativo» ovvero alternativi ad «altre misure da scegliere in relazione alla particolarità della fattispecie»⁴⁹.

Tuttavia, a mente di quanto osservato nella appena seguente sentenza del 23 maggio 2024, n. 14402⁵⁰, sembrano presentarsi come non sufficienti la previsione contrattual-collettiva di allungamento del periodo di “conservazione”, sé delimitati al caso di «malattia particolarmente grave».

Infatti, dall'esame della particolare controversia (lavoratore assunto mediante “collocamento mirato”, con riduzione della capacità lavorativa al 50% e licenziato sul presupposto dell'art. 32 C.C.N.L. Settore Gas⁵¹), la Supremo Corte né derivava, nuovamente, l'insanabile mancanza di «prendere in specifica considerazione la posizione di svantaggio del disabile [dovendo] essere considerato anche e soprattutto l'aspetto soggettivo della disabilità in relazione alla quale adottare gli accomodamenti ragionevoli prescritti dalla Dir. 2000/78/CE [; questo] perché anche la patologia non grave, ma in nesso causale diretto ed immediato con la disabilità, implica per il lavoratore disabile la particolare protezione riconosciuta dalla normativa internazionale, euro-unitaria e statale più volte richiamata nelle pronunce di questa Corte qui condivise»⁵².

Uguualmente, secondo quanto stabilito dall'ultima delle pronunce componenti il formante, la sentenza del 5 giugno 2024, n. 15723⁵³, né una disciplina collettiva prescrittiva di un periodo di comportamento particolarmente lungo, né di un'aspettativa *post* superamento, potevano rappresentare delle c.d. “misure adeguate”.

Per vero, nel caso di specie (lavoratore affetto da carcinoma della mammella destra con metastasi linfonodali; sottoposto a intervento chirurgico e successivi trattamenti chemioterapici, licenziato in forza dell'art. 51 del C.C.N.L. per le imprese di pulizie e multiservizi⁵⁴), riguardo al primo espediente, l'estensione, ancorché ampia, del periodo, non coglieva, in ogni caso, «l'essenza della tutela

⁴² Cass., 22 maggio 2024, n. 14316 cit., Ragioni della decisione, *sub* 43.

⁴³ Cfr. art. 17, comma 3 d.lgs. 62/2024.

⁴⁴ Cass., 22 maggio 2024, n. 14316 cit., Ragioni della decisione, *sub* 44.

⁴⁵ Ivi, *sub* 45, facendo anche richiamo, sul tema degli accomodamenti ragionevoli, anche a Cass., 9 marzo 2021, n. 6497 cit.

⁴⁶ Risultando, peraltro, decise nella medesima data e cioè l'11 aprile 2024.

⁴⁷ Cass., 31 maggio 2024, n. 15282, in LB, www.rivistalabor.it, 26 luglio 2024, con nota di ZAMPIERI.

⁴⁸ Vedi Trib. Ravenna, 4 gennaio 2024 cit.

⁴⁹ Cass., 22 maggio 2024, n. 14316 cit., Ragioni della decisione, *sub* 40.

⁵⁰ Cass., 23 maggio 2024, n. 14402, in www.italianequalitynetwork.it.

⁵¹ Ivi, Fatti di causa, *sub* 1.

⁵² Ivi, Ragioni della decisione, *sub* 9.

⁵³ Cass., 5 giugno 2024, n. 15723.

⁵⁴ Ivi, Fatti di causa, *sub* 2.

antidiscriminatoria che, per il profilo che qui interessa (discriminazione indiretta), [dovrebbe] eliminare o ridurre la condizione di svantaggio del lavoratore affetto da disabilità perché questi si troverà comunque esposto al rischio di ammalarsi più frequentemente rispetto ai colleghi non portatori di disabilità, di accumulare più assenze dal lavoro e di raggiungere più in fretta il limite massimo del periodo di conservazione del posto, risolvendosi l'uniformità di trattamento in condizione di per sé idonea a porre il lavoratore portatore del fattore di discriminazione in una condizione sfavorevole rispetto al *tertium comparationis*»⁵⁵; alla medesima stregua, anche l'ipotesi pattizia di sospensione, non retribuita, del rapporto, per un periodo di 4 mesi, si mostrava come «rimedio non idoneo ad elidere la situazione di svantaggio in cui il lavoratore disabile può trovarsi rispetto agli altri lavoratori»⁵⁶.

2.2 Analisi e confronto con la dottrina

Come anticipato, se lette nel loro insieme, sembra non potersi negare, in effetti, come le pronunce, qui, in breve riassunte, affrontino - sebbene non tutte e ancorché senza risolverle *in toto*⁵⁷ - molte delle questioni giuridiche sottese alla particolare fattispecie, contribuendo così a riscontrare anche i dubbi e le tesi affiorate, nel frattempo, dal vivace dibattito scaturito in dottrina.

In primis, dando conferma dell'irrelevanza delle circostanze normative occasionanti il “cristallino” principio⁵⁸ espresso nelle sentenze europee, che il Supremo Collegio si appresta a identificare quale autonomo - e solo correlato alla situazione di *handicap* - fattore di protezione: il rischio del disabile di assentarsi, causa malattia, più frequentemente dal lavoro.

A ben vedere, è proprio sull'individuazione di questa connotata condizione di svantaggio che la Corte di Cassazione, in funzione nomofilattica, costruisce la *ratio* e le motivazioni fondanti l'intero formante, incominciando dall'escludere, fin dalla prima sentenza, il ricorrere della finalità legittima, assunto che una tale esimente “generale”, quale suo minimo presupposto, non poteva che poggiare sulla ponderazione - non riscontrata dai giudici di legittimità - della particolare vulnerabilità sofferta dai soggetti interessati⁵⁹, in specie, come detto, la propensione - potrebbe dirsi “biologica” - del portatore di *handicap* a una maggior morbilità.

Una comprensione, questa, che rappresenta il primo fondamentale snodo della vicenda interpretativa, essendo che l'asserita «*mancata considerazione*»⁶⁰ del suddetto fattore di rischio, non solo mai viene rimessa in dubbio dalla Suprema Corte⁶¹, ma finisce altresì col muovere, nei confronti dell'art. 2110 c.c. (*i.e.* il legislatore) e dei C.C.N.L. (*i.e.* le parti sociali) sottoposti al suo esame, un addebito puntuale e cioè la - illegittima - applicazione indifferenziata, a lavoratori disabili e non, del medesimo comparto, la quale determinerebbe che «*la [...] posizione di svantaggio rimane tutelata in maniera recessiva*»⁶².

Una visione che, fra l'altro, in ragione del generale stato d'arte delle previsioni contrattuali disciplinanti la materia⁶³, che nella migliore delle ipotesi restano tutt'ora ancorate, nel predisporre tutele *ad hoc*, al manifestarsi di una condizione di malattia “qualificata”⁶⁴, sembra pure confortare e

⁵⁵ Ivi, Ragioni della decisione, *sub* 14.

⁵⁶ Ivi, *sub* 15.

⁵⁷ Come invece sembra più ottimisticamente fare presumere Cass., 21 dicembre 2023, n. 35747 cit., Ragioni della decisione, *sub* 7.

⁵⁸ AVANZI, *op. cit.*, 8.

⁵⁹ In questo senso, C. giust., 18 gennaio 2018, causa C270/16 cit., pp. 49-51.

⁶⁰ Cass., 31 marzo 2023, n. 9095 cit., Ragioni della decisione, *sub* 23.

⁶¹ Seppur, nella prospettiva della finalità legittima, espressamente sollecita da taluni motivi di ricorso. Cfr. Cass., 21 dicembre 2023, n. 35747 cit., Ragioni della decisione, *sub* 4 e Cass., 2 maggio 2024, n. 11731 cit., Ragioni della decisione, *sub* 2.

⁶² Cass., 31 marzo 2023, n. 9095 cit., Ragioni della decisione, *sub* 24.

⁶³ Per un'analisi di un più ampio campione della contrattazione collettiva nazionale, vedi ALIFANO, *Discriminazione per disabilità, comparto e contrattazione collettiva*, in ADAPT WP, n. 7/2024.

⁶⁴ Soluzione, come visto, apertamente “bocciata” da Cass., 23 maggio 2024, n. 14402 cit., in quanto eccessivamente restrittiva ed escludente le patologie, sebbene non gravi o contrattualmente tipizzate, direttamente connesse alla disabilità del lavoratore.

fare eco alla critica d'immobilismo rivolta, da taluna dottrina, nei riguardi dell'organizzazioni sindacali⁶⁵.

Così come, una simile prospettiva, sembra pure disattendere in radice, i tentativi di talaltra ricostruzione dottrinale di rivenire, nelle clausole di natura pattizia, in ragione della globalità delle trattative sindacali e della natura compromissoria del testo contrattuale dalle medesime scaturito, una giustificazione alla siffatta differenza di trattamento⁶⁶, anche sé va osservato, sotto questo aspetto, come l'apprezzamento operato dalle pronunce in commento, abbia mancato di considerare, come invece talvolta avvenuto nella giurisprudenza di merito, le numerose e sussistenti altre tutele, di matrice legale, a presidio e sostegno del prestatore subordinato portatore di *handicap*⁶⁷.

A ogni buon conto, ripercorrendo la lettura "cumulativa" delle cause di giustificazione svolta dai giudici dell'Unione nella *Ruiz Conejero*⁶⁸, v'è altresì da notare come, la postura assunta dalla Cassazione rispetto all'esimente "generale" della finalità legittima, finisce col riflettersi, in egual maniera, sulla scriminante "specificata" delle "misure adeguate".

Infatti, sé vero, da una parte, che nella sentenza del 22 maggio 2024, si lascia aperta la porta, nella prospettiva degli "accomodamenti ragionevoli", «*ad altre misure da scegliere in relazione alla particolarità della fattispecie*», non può, dall'altra, tacersi che, sempre in ragione delle specificità del rischio trattato, nella pronuncia del 5 giugno 2024 siano state ritenute del tutto inappropriate ad ovviare il medesimo, tanto la disponibilità contrattuale di un'aspettativa non retribuita, quanto la previsione di un comporta di durata particolarmente significativa.

In definitiva, si potrebbe credere che, senza curarsi troppo⁶⁹ delle possibili distinzioni - pur eccpite in dottrina per natura e funzioni⁷⁰ - fra le "misure adeguate" (art. 2, paragrafo 2, lettera b), i) e le "soluzioni ragionevoli" (art. 5), l'orientamento della Suprema Corte, confermando, implicitamente, la non idoneità a scriminare di «*qualunque accomodamento*»⁷¹, sembra invero rinvenire nella modulazione del comporta (disciplina differenziata, allungamento o "scomputo" che sia), l'unica e concreta «*misura funzionale ad ovviare gli effetti negativi dell'applicazione di un criterio neutro, che in assenza di tale intervento produrrebbe una discriminazione indiretta*»⁷².

Conclusione che, peraltro, oltre a riscontrare tutto lo "scetticismo" eccpito dal Tribunale di Ravenna⁷³ - che con eccentriche motivazioni, sembra voler dimostrare una *ratio* originaria del

⁶⁵ Esplicitamente, GAROFALO, *La risoluzione del rapporto di lavoro per malattia*, in DRI, 2023, II, 402-405.

⁶⁶ In questo senso, CRISTOFOLINI, *Licenziamento per superamento del periodo di comporta e divieto di discriminazione per disabilità*, in LG, 2022, XII, 1131-1132.

⁶⁷ In particolare, poiché strettamente connessi al tema delle assenze dal servizio, il congedo straordinario di cui all'art. 7 d.lgs. 18 luglio 2011, n. 119 e i permessi ex art. 33 l. 5 febbraio 1992, n. 104. Per una rassegna degli argomenti utilizzati nelle pronunce di merito, vedi anche DAGNINO, *op. cit.*, 246-249.

⁶⁸ Sul punto, COSTANTINI, *Comporta, handicap, discriminazione: quale lettura delle due cause di giustificazione?*, in RGL, 2023, IV, 509-511.

⁶⁹ Per esempio, in Cass., 31 marzo 2024, n. 9095, Ragioni della decisione, *sub* 25, di fa diretto riferimento all'art. 5 della direttiva 2000/78/CE.

⁷⁰ DAGNINO, *op. cit.*, 251-254.

⁷¹ Così, DIANA, *Il superamento del periodo di comporta e la discriminazione indiretta del lavoratore disabile: spunti interpretativi ed ipotesi alternative*, in LPO, www.lpo.it, 22 gennaio 2024.

⁷² DAGNINO, *Ibidem*.

⁷³ Cfr. Trib. Ravenna, 4 gennaio 2024, ordinanza di rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE, di cui si riportano, per intero, i quesiti: «1) se la direttiva CE 2000/78 sia di ostacolo ad una normativa nazionale che non preveda una disciplina differente tra lavoratori qualificabili come disabili e lavoratori che non lo sono; 2) laddove la normativa nazionale dovesse essere considerata astrattamente integrante una discriminazione indiretta, se la normativa stessa sia comunque oggettivamente giustificata da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari; 3) se un accomodamento ragionevole idoneo e sufficiente ad evitare la discriminazione possa essere rappresentato da un'aspettativa non retribuita, a richiesta del lavoratore; 4) se possa ritenersi ragionevole un accomodamento consistente nel dovere del datore di lavoro di concedere alla scadenza del periodo di comporta un ulteriore periodo retribuito integralmente a suo carico, senza ottenere una controprestazione lavorativa; 5) se, al fine di valutare il comportamento discriminatorio del datore di lavoro, possa valutarsi (ai fini dello stabilire la legittimità o meno del licenziamento) la circostanza che anche la concessione di un ulteriore periodo di stabilità del rapporto

comporto contrattuale, proprio a tutela del lavoratore con disabilità⁷⁴ -, pare utile anche a spiegare la decisione presa, nella prima delle sentenze, al fine di confermare il carattere discriminatorio della condotta datoriale, di trascurare, nella sostanza, la pur avvenuta comunicazione d'imminente scadenza del periodo protetto⁷⁵.

Un comportamento "proattivo" incombente sul datore di lavoro che, diversamente, la Corte di Cassazione sembra recuperare al fine di superare le criticità derivanti dalla non conoscibilità, da parte dello stesso, delle patologie sottese delle assenze del lavoratore, situazione che, ad avviso di taluni commentatori, renderebbe «*obbiettivamente impossibile*»⁷⁶ lo sforzo richiesto di escluderle dal computo del periodo di comportamento.

Invero, scartata, nei fatti, la tesi circa la non rilevanza, sulla fattispecie discriminatoria, dell'inconsapevolezza datoriale⁷⁷, la via imboccata dalla giurisprudenza di legittimità, specialmente nelle pronunce successive a quella del 31 marzo 2023⁷⁸, sembra offrire una sostenibile sistematizzazione degli oneri di *facere* gravanti sul datore di lavoro - oltretutto, di cooperazione, del prestatore subordinato - in corso di contratto e, comunque, in un'epoca che precede l'intimazione del licenziamento *ex art. 2110 c.c.*⁷⁹.

Una fase, quella di attualità del rapporto, assolutamente decisiva, posto che, come palesato dalle emergenze di tutto il formante, una volta avviato l'*iter* processuale, ogni pregressa valutazione sulle due questioni fondamentali della vicenda - la condizione di *handicap* fatta propria dal diritto antidiscriminatorio e la conseguente riferibilità delle assenze a quest'ultima - sarà comunque oggetto di definitivo, ma non necessariamente confermativo⁸⁰, accertamento giudiziale, il quale, peraltro,

retribuita a carico del datore di lavoro non avrebbe comunque consentito il rientro al lavoro del disabile, permanendo il suo stato di malattia».

⁷⁴ *Ibidem*, p. 55-62.

⁷⁵ Sull'obbligo d'informare il lavoratore circa l'approssimarsi della scadenza del periodo di comportamento e la sua idoneità a configurare un c.d. "accomodamento ragionevole", anche nella prospettiva della giurisprudenza di merito, vedi CANEVE, *La comunicazione dell'imminente superamento del periodo di comportamento quale accomodamento ragionevole*, in LG, 2024, IV, 397-408.

⁷⁶ MORTILLARO, *Comporto e disabilità. Alcune riflessioni a partire da alcune recenti pronunce milanesi*, in LB, www.rivistalabor.it, 21 marzo 2023.

⁷⁷ Formulata sull'analogia con il divieto di licenziamento *ex art. 54 d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151*. Vedi, sul punto, AVANZI, *Il licenziamento discriminatorio per superamento del "comporto": la nozione di handicap e la "conoscenza" del datore di lavoro*, in LB, www.rivistalabor.it, 27 giugno 2022. Un'assimilazione che, parimenti, proprio in ragioni della non necessità di doversi curare dello stato di salute dei propri lavoratori, attraverso "ragionevoli accomodamenti", non potrà rintracciarsi nemmeno nel divieto di recesso causa matrimonio di cui all'*art. 35 d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198*. A tal riguardo, HUGE, *Licenziamento per causa di matrimonio: brevi riflessioni sulla rilevanza del dato oggettivo e del mutato contesto sociale*, in LB, www.rivistalabor.it, 31 agosto 2024.

⁷⁸ Ritenuta, a ragione, «*non del tutto appagante*». Cfr. TARQUINI, *Il licenziamento discriminatorio, "soggetto inatteso": alcune riflessioni sul principio paritario e la disciplina limitativa del recesso datoriale*, in LDE, 2023, II, 14-15.

⁷⁹ Come espressamente avvertito da Cass., 22 maggio 2024, n. 14316 cit., Ragioni della decisione, *sub 39*.

⁸⁰ Fra le tante, emblematica è Cass., 26 ottobre 2018, n. 27201, dove, nel rigettare il ricorso, la Corte osservava che «entrambi i consulenti nominati nei successivi gradi di giudizio hanno confermato l'idoneità della lavoratrice alle mansioni svolte, talché il licenziamento era risultato illegittimo per manifesta insussistenza del motivo posto a suo fondamento [non assumendo] alcuna decisività la circostanza attinente alla produzione o mancata produzione della cartella del medico aziendale, essendo la stessa inidonea a modificare l'esito del giudizio, a fronte delle risultanze concordi delle plurime c.t.u.». Del pari significativa, sempre riguardo agli esiti della c.d. "sorveglianza sanitaria", sembra essere Cass., 17 gennaio 2024, n. 1794, dove si esclude «che la mancata impugnazione dell'esito della visita di idoneità possa riguardarsi in termini di acquiescenza all'atto di recesso successivamente assunto [...], atto da ritenersi necessitato esclusivamente nell'ipotesi, smentita all'esito dell'accertamento istruttorio, che la totale inidoneità lavorativa in origine diagnosticata permanesse alla data del recesso successivo di ben due anni».

vertendo su dichiarazioni di scienza e di “causalità” in termini di responsabilità contrattuale, non potrà che fondarsi sul criterio “del più probabile che non”⁸¹.

Cosicché, non discostandosi dall’apprezzamento di natura indiziaria suggerito dalla giurisprudenza europea⁸² e pur dando atto dell’intrinseco grado d’incertezza che avvolge la prova dei summenzionati fatti costitutivi, la Suprema Corte sembra ribaltarne le incognite, quasi interamente, sul datore di lavoro⁸³, chiamato ad avvedersi, in primo luogo, di tutte le pertinenti informazioni - ad avviso di chi scrive, fin dalla fase precontrattuale del rapporto - già acquisite o nella disponibilità dello stesso, rilevando in tal senso, non solo certificazioni o documentazione sanitaria scaturita da esigenze normative prettamente lavoristiche⁸⁴, ma finanche desumibile dalla «*comunicazione delle assenze o in qualsiasi altro modo*» il lavoratore con disabilità abbia rappresentato, *medio tempore*, la propria condizione⁸⁵.

Un’applicazione diligente richiesta, dunque, nella prospettiva degli “ragionevoli accomodamenti”, ma che collocandosi in un momento a questi antecedente, sarà - e dovrà essere - in particolare giudicata, a differenza dell’effetto discriminatorio che incide obbiettivamente, sotto il profilo della “colpa” ossia, in specie, della concreta esigibilità di “conoscenza” da parte del datore di lavoro⁸⁶.

E’ in questo senso - cioè quello di non sconfinare nel campo della responsabilità oggettiva - che parrebbe doversi leggere, seppur segnate da palesi differenze - e difficoltà - in termini di attuazione pratica, tanto il ragionamento presuntivo basato sulla stessa ripetuta o prolungata assenza del prestatore subordinato, avallato nell’ordinanza del 21 dicembre 2023 e che già in precedenza era affiorato in dottrina⁸⁷, quanto l’obbligo del datore di lavoro, esplicitato nelle sentenze del 2, 22 e 31 maggio 2024, di avviare un’interlocuzione con il lavoratore, approfondendo le ragioni (*recte* le “cause”) della sua impossibilità alla prestazione.

Peraltro, lato prestatore subordinato, declinata alla stregua di un onere di cooperazione, solo utile - in eventualità - a misurare la facoltà datoriale di adempiere alla gestione “adattata” del compito, la richiesta d’informazioni, ancorché a carattere sanitario, non segnerebbe, per vero, significativi profili di criticità.

Infatti, da una parte, essendo a riscontro “volontario” e ben potendo la “consapevolezza” del datore di lavoro appurarsi, processualmente, *aliunde*, non si scadrebbe nella surrettizia introduzione di un elemento costitutivo della discriminazione, in realtà non contemplato dalla normativa euronunitaria⁸⁸; dall’altra, dovendola per giunta ritenere quale presupposto della «*complessa fattispecie del licenziamento del lavoratore disabile per superamento del compito*»⁸⁹, non finirebbe

⁸¹ Sull’onere della prova in tema della responsabilità contrattuale, nella prospettiva dell’art. 2087 c.c., si consenta di rimandare ad AVANZI, *L’obbligo di sicurezza e l’azione risarcitoria ex art. 2087 c.c.: la prova della nocività dell’ambiente di lavoro*, in LDE, 2023, II.

⁸² Ed espressamente richiamato da Cass., 31 maggio 2024, n. 15282 cit., Ragioni della decisione, *sub* 3.1.1.. In dottrina, con particolare riferimento al carattere “duraturo” della limitazione e della necessità di considerare documenti e certificazioni disponibili, di tipo medico, ZAMPIERI, *Il fattore disabilità nella giurisprudenza: principali tappe e prospettive future*, in GC, www.giustiziacivile.com, 11 maggio 2022, 10-11 e giurisprudenza *ivi* citata.

⁸³ Espressamente, Cass., 2 maggio 2024, n. 11731 cit., Ragioni della decisione, *sub* 7.2.

⁸⁴ Come l’iscrizione del lavoratore alle liste utili al “collocamento mirato”, gli esiti della c.d. “sorveglianza sanitaria” ovvero le certificazioni di prognosi inerenti a un infortunio sul lavoro. Su questo aspetto vedi anche SALVAGNI, *Corte di Cassazione 21 dicembre 2023, n. 35747: malattia collegata all’handicap, discriminazione indiretta e nullità del licenziamento del disabile per superamento del compito*, in LB, www.rivistalabor.it, 22 febbraio 2024.

⁸⁵ Cass., 22 maggio 2024, n. 14316 cit., Ragioni della decisione, *sub* 37.

⁸⁶ Del profilo colposo della condotta datoriale ante licenziamento parlano, più o meno, espressamente Cass., 22 maggio 2024, n. 14316 cit., Cass., 23 maggio 2024, n. 14402 cit. e Cass. 31 maggio 2024, n. 15282 cit..

⁸⁷ BONARDI, *Ancora sul licenziamento per superamento del periodo di compito del lavoratore disabile*, in www.italianequalitynetwork.it, 11 febbraio 2023, 4.

⁸⁸ Così come evidenziato da BONO, *Disabilità e licenziamento discriminatorio per superamento del periodo di compito*, in www.italianequalitynetwork.it, 10 febbraio 2022, 6.

⁸⁹ Cass., 22 maggio 2024, n. 14316 cit., Ragioni della decisione, *sub* 45.

col costituire, né un accertamento medico “non obbiettivo”⁹⁰ direttamente effettuato dal titolare del contratto e, dunque, vietato dalla legge (art. 5 l. 20 maggio 1970, n. 300), né un’acquisizione, da sua parte, di fatti “non rilevanti” al fine di una corretta esecuzione - nonché terminazione! - del rapporto di lavoro (art. 8 l. 300/1970), rivelandosi, al contrario, quale vero e proprio adempimento funzionale - anche in luce dell’art. 2087 c.c. - a meglio garantire la posizione del lavoratore, in specie esposto al rischio d’imminente disoccupazione.

3. Brevi - ma provvisorie - osservazioni conclusive

Tentando di metter in fila le questioni sollevate da questa “nuova” - e ancor più “speciale”⁹¹ - fattispecie di licenziamento, con le soluzioni offerte dalla compatta esegesi della giurisprudenza di Cassazione, non mancano sicuramente gli spunti per cimentarsi in qualche breve osservazione conclusiva.

Di certo, per come impostato il discorso, tutto incentrato sull’enucleazione della maggior morbilità potenziale del lavoratore con disabilità e, secondo la Suprema Corte, né considerato, né, di conseguenza, adeguatamente trattato dalla disciplina nazionale, è innegabile che le tanto attese risposte⁹² provenienti dai giudici del Lussemburgo, potrebbero avere un effetto assolutamente demolitorio su presupposti ed “epilogo” degli arresti in questione.

Ma sé così non fosse e anche gli interpreti del diritto europeo dovessero esprimersi nel senso di una “non conformità” dell’assetto vigente, dalla composita ricostruzione elaborata per il tramite delle sette pronunce, potrebbe, comunque, ricavarci, una serie di utili considerazioni, anche e soprattutto, per l’operatore di diritto, in chiave applicativa.

A cominciare dall’essenziale evidenza che, in realtà, la soluzione promossa a livello nomofilattico sembra superare, a monte, le perplessità, a più riprese evidenziate⁹³, in ragione del Considerando 17⁹⁴ della Direttiva 2000/78/CE, avendo la Corte di Cassazione espressamente affermato che, anche per il lavoratore con disabilità, un limite alla conservazione del posto, purché più esteso di quello applicato in via ordinaria, possa essere, ciò non di meno, individuato; per cui, fermo restando la verifica giudiziale circa la “sufficienza” delle differenziazioni di matrice contrattuale⁹⁵, saranno in primo luogo le parti sociali a doversi adoperare in tal senso, andando a rimettere mano - tanto nell’ottica della finalità legittima, quanto in quella degli “accomodamenti ragionevoli” - alle pertinenti clausole collettive e offrendo così ai soggetti dalle medesime rappresentati o, comunque, coinvolti per adesione volontaria, una via di fuga dall’*impasse* giuridicamente accettabile oltreché in termini economici-normativi non sproporzionati o eccessivi⁹⁶.

⁹⁰ A tal proposito occorre rammentare come la *ratio* sottesa all’art. 5 dello Statuto è quella di fornire «sia al datore di lavoro che al lavoratore la garanzia che il controllo sia effettuato da organi che per la loro natura ed appartenenza ad enti pubblici siano indipendenti dagli uni e dagli altri e atti a compiere una valutazione tecnica obbiettiva e disinteressata». Cfr. C. Cost., 5 febbraio 1975, n. 23, in <https://giurcost.org>.

⁹¹ Infatti, ancor prima del sorgere delle criticità derivanti dalle “interferenze” con il diritto antidiscriminatorio dell’Unione Europea, con costanza il recesso per superamento del comparto è stato dalla giurisprudenza definito quale forma “speciale” di cessazione del rapporto, che non fonda la sua disciplina nella legge, di carattere generale, n. 604 del 1966, ma nella specifica previsione di cui all’articolo 2110 c.c., comma 2. Per tutte, Cass., 4 gennaio 2017, n. 74, in LB, www.rivistalabor.it, 23 aprile 2017, con nota di NOTARO.

⁹² AVANZI, *Il licenziamento discriminatorio per superamento del “comparto”: la nozione di handicap e la “conoscenza” del datore di lavoro*, cit., 19-20.

⁹³ Cfr. BONO, *op. cit.*, 6-7; CRISTOFOLINI, *op. cit.*, 1132-1133; MORTILLARO, *op. cit.*

⁹⁴ «(17) La presente direttiva non prescrive l’assunzione, la promozione o il mantenimento dell’occupazione né prevede la formazione di un individuo non competente, non capace o non disponibile ad effettuare le funzioni essenziali del lavoro in questione, fermo restando l’obbligo di prevedere una soluzione appropriata per i disabili».

⁹⁵ Riservata all’accertamento da parte del giudice nazionale. Cfr. C. giust., 11 settembre 2019, causa C397/18, *Nobel Plastiques Ibérica*, p. 69, in <https://curia.europa.eu>.

⁹⁶ Già oggi possono apprezzarsi, nelle discipline contrattuali regolanti il comparto, previsioni di graduazione e finanche esaurimento del trattamento retributivo dovuto al lavoratore, in funzione della durata dell’assenza. A ogni modo, sul limite del «onere finanziario sproporzionato», in giurisprudenza si veda ancora Cass., 9 marzo 2021, n. 6497 cit.

Questo non significa affatto trascurare le contingenti difficoltà che, con evidenza, incidono sulla necessaria cognizione datoriale a premessa dell'agire "positivo", sia riguardo alla sussunzione della patologia del lavoratore nella definizione sovranazionale di *handicap*, sia rispetto alla correlazione delle assenze certificate come malattia.

E ciononostante, riguardo al primo aspetto, in attesa della piena vigenza del d.lgs. 3 maggio 2024, n. 62, che con un procedimento unitario di riconoscimento della "condizione di disabilità" - finalmente conforme al diritto internazionale⁹⁷ -dovrebbe offrire, a riguardo, più ampi livelli di certezza, vi è da notare come, dall'analisi delle pronunce di Cassazione, più o meno tutte le usuali certificazioni di matrice pubblica - dall'iscrizione al "collocamento obbligatorio", all'attestazione dell'invalidità civile - sono bastate a fornire prova della sussistenza di «durature compromissioni fisiche, mentali, intellettive o sensoriali che in interazione con barriere di diversa natura, sia in grado di ostacolare la sua piena ed effettiva partecipazione alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri»⁹⁸.

Ragion per la quale, muovendo da una così ampia concezione di persona con disabilità e residuando, quindi, davvero pochi casi⁹⁹ i cui potrà verosimilmente eccipirsi una situazione di incolpevole ignoranza, una volta acquisita ragionevole - ma non "grave!"¹⁰⁰ - contezza della condizione "protetta" e, in ogni caso, nella logica della *extrema ratio*¹⁰¹, prima di procedere col licenziamento, il datore di lavoro sarà tenuto a richiedere al lavoratore, in modo formale¹⁰² - e laddove non già conosciute -, le motivazioni cliniche sottese alla sua assenza, invitandolo a fornire, anche mediante dichiarazione sostitutiva o certificazione di professionista sanitario, la connessione con il suo stato patologico e non mancando, comunque, di rappresentargli, in modo compiuto, le ragioni occasionanti la predetta "indagine" (approssimarsi della scadenza del comperto, possibilità di scomputare le assenze *etc.*).

E' naturale, come detto sopra, che anche su questo versante auspicabile sarà l'intervento della contrattazione collettiva, la quale, procedimentalizzando obblighi e limiti alla sollecitazione datoriale, potrà comprimerne, di molto, i profili d'illegittimità o contestazione da parte dei lavoratori; così come, *de iure condendo*, assolutamente utile potrebbe rivelarsi un ampliamento delle funzioni e degli esiti normativamente consentiti al "giudizio" espresso dal medico competente aziendale, il quale, per vicinanza alla parti, ben potrebbe divenire un primo e scientificamente valido supporto a garanzia delle stesse¹⁰³.

A ogni buon conto, come espressamente evidenziato nelle pronunce della Suprema Corte, dall'attrazione della particolare vicenda estintiva nell'alveo del diritto antidiscriminatorio, non può che conseguire un'intrinseca classe d'incertezza del diritto, la quale, inevitabilmente, per la parte che eventualmente ne residua, non potrà che gravare, con maggior peso, sul datore di lavoro.

Cosicché, allo stato delle cose, sembra oggi rendersi evidente anche il bisogno di meglio approfondire la procedibilità di azioni giudiziarie "cautelative", tanto riguardo all'accertamento dello *status* del lavoratore¹⁰⁴, quanto alla stessa legittimità della scelta di risolvere il rapporto¹⁰⁵, posto che, come da

⁹⁷ A tal proposito, ALIFANO, DALLA SEGA, DE FALCO, DI GIOIA, MAINI, *La nuova definizione della "condizione di disabilità": implicazioni e procedure ex. D.Lgs. n. 62/2024*, in Bollettino speciale ADAPT, n. 3/2024.

⁹⁸ Art. 3, comma 1 l. 104/1992 così come novellato dal d.lgs. 62/2024.

⁹⁹ Sicuramente in nessuno dei casi discussi dalle pronunce di Cassazione qui analizzate.

¹⁰⁰ Vedi nota 30.

¹⁰¹ Che il licenziamento rappresenti, nella prospettiva del diritto del lavoro e per le notevoli ricadute dello stesso sulla persona del lavoratore, l'ultima delle ipotesi da considerare per il datore di lavoro, dovrebbe essere, oggi, un dato costituzionalmente acquisito. Cfr. C. Cost., 1 aprile 2021, n. 59, Considerato in diritto, *sub* 5, in <https://giurcost.org>; C. Cost., 19 maggio 2022, n. 125, Considerato in diritto, *sub* 8, in <https://giurcost.org>; C. Cost., 16 luglio 2024, n. 128, Considerato in diritto, *sub* 5.1, in <https://giurcost.org>.

¹⁰² Poiché utile agli oneri probatori su di sé gravanti nell'eventualità di giudizio.

¹⁰³ Ovviamente, questo implicherebbe una profonda revisione della disciplina della "sorveglianza sanitaria" ex d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, dovendola in primo luogo disancorare dall'esclusiva funzione di verificare l'idoneità del lavoratore alla mansione specifica.

¹⁰⁴ La procedibilità di una simile azione, tesa ad accertare giudizialmente la condizione di *handicap* del lavoratore, potrebbe anche rinvenirsi dall'accertamento tecnico preventivo ex art. 445-bis c.p.c. Sul punto, di recente, Cass. civ., Sez. VI, 16 febbraio 2023, n. 4833.

¹⁰⁵ In questo senso, significativo appare un passaggio contenuto in Cass., 16 gennaio 2020, n. 822: «8. [...] il datore di lavoro, non potendo ignorare che l'esito della procedura non è incontrovertibile, nel momento in cui

tempo risalente osservato, il datore di lavoro che opti per l'immediato recesso, lo fa a suo rischio¹⁰⁶, il che nella particolare fattispecie si traduce, coerentemente a quanto richiesto dalla disciplina europea¹⁰⁷ e a prescindere dalle dimensioni aziendali, coll'integrale riparazione del danno subito dal lavoratore con disabilità, mediante la tutela specifica della "reintegrazione" nel posto di lavoro precedentemente occupato¹⁰⁸.

opta per l'immediato licenziamento del dipendente anziché chiedere, secondo le normali regole contrattuali, la risoluzione giudiziaria del rapporto di lavoro per sopravvenuta impossibilità della prestazione, agisce a suo rischio (quello che la Corte costituzionale nella sentenza n. 420 del 1998 ha definito come "rischio d'impresa" che viene oggettivamente a gravare su chi intraprende una simile attività). D'altra parte, diversamente opinando, il rischio di un errato accertamento da parte dell'organo amministrativo deputato verrebbe fatalmente a gravare sul lavoratore, che si troverebbe a subire la risoluzione del rapporto anche in assenza di una causa giustificativa (ibidem)».

¹⁰⁶ Cfr. C. Cost., 23 dicembre 1998, n. 420, in <https://giurcost.org>.

¹⁰⁷ Su questo aspetto, si veda la convergenza tra la tutela c.d. reale "piena" (vedi nota successiva), prevista dall'ordinamento interno e l'art. 18 direttiva 2006/54/CE, evidenziata da GIUBBONI, *L'evoluzione del sistema sanzionatorio dei licenziamenti illegittimi: l'adeguatezza delle tutele alla luce della giurisprudenza costituzionale*, in LPO, n. 7-8/2024, 486-487.

¹⁰⁸ Cfr. art. 18, commi da 1 a 3, l. 20 maggio 1970, n. 300 e art. 2 d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23.