

Il licenziamento del lavoratore disabile per superamento del comporto nella interpretazione della Cassazione: la cono- scenza del fattore rischio e “l’onere bifronte” a carico delle parti per applicare l’accomodamento ragionevole

di M. Salvagni - 2 Novembre 2024

1. I primi orientamenti della Corte di Cassazione: le due sentenze del 2023

Il percorso della Corte di Cassazione in tema di licenziamento discriminatorio del lavoratore disabile per superamento del periodo di comportamento inizia in data 31 marzo 2023.

In materia è intervenuta la prima sentenza della Suprema Corte, la n. 9095, con riferimento alla fattispecie del lavoratore disabile ai sensi dell’art. 3, co. 1, Legge n. 104 del 1992, a cui è stato intimato il recesso per superamento del periodo di comportamento (pubblicata, rispettivamente, in *RGL*, 2023, 3, II, Approfondimenti n. 8-9, 2, con nota di M. Salvagni, *Il licenziamento del disabile per superamento del periodo di comportamento: discriminazione indiretta e clausole collettive nulle*, nonché in www.rivistalabor.it, 13 giugno 2023, con nota di F. Bordoni, *Il periodo di comportamento può essere discriminatorio. Tra discriminazione indiretta e accomodamenti ragionevoli: la Cassazione puntualizza*).

Nel primo caso posto al vaglio della Suprema Corte su questa tipologia, giudici di legittimità hanno accertato la discriminazione indiretta operata dalla società nei confronti del prestatore, consistita proprio nell’aver applicato la contrattazione collettiva (nella specie l’art. 42 del CCNL Federambiente), senza distinguere tra le assenze dovute a malattia e quelle per patologie correlate alla disabilità.

La Cassazione ha confermato le statuizioni della Corte territoriale in tema di nullità del recesso per superamento del periodo di comportamento in ragione delle malattie dovute all’*handicap*, affermando che si fosse configurata una discriminazione indiretta nei confronti del prestatore in quanto “*la mancata considerazione dei rischi di maggiore morbilità dei lavoratori disabili, proprio in conseguenza della disabilità, trasmuta il criterio apparentemente neutro del periodo di comportamento breve in una prassi discriminatoria nei confronti del particolare gruppo sociale protetto in quanto in posizione di particolare svantaggio*” (cfr. Corte giust., 11 aprile 2013, HK, Dammark, C-335/11 e C-337/11).

La Suprema Corte, a supporto di tale assunto, ha osservato che nel momento in cui “*la previsione del periodo di 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*”.

Tale orientamento di legittimità è stato successivamente condiviso dalla decisione di Cassazione del 21 dicembre 2023, n. 35747, Rel. Rivero (in www.rivistalabor.it, 22 febbraio 2024, con commento di M. Salvagni, *Malattia collegata all’handicap, discriminazione indiretta e nullità del licenziamento del disabile per superamento del periodo di comportamento*), secondo cui costituisce discriminazione indiretta la mancata considerazione dei rischi di maggiore morbi-

lità dei lavoratori disabili, i quali, proprio in conseguenza della loro condizione di disabilità, si trovano in una posizione di particolare svantaggio.

Successivamente, la Suprema Corte si è occupata nuovamente della fattispecie in esame con altre cinque decisioni tematiche e, in particolare: Cass. 2 maggio 2024, n.11731, Rel. Patti (in www.rivistalabor.it, 26 luglio 2024, con nota di G. Zampieri, *Comporto, disabilità, accomodamenti ragionevoli. Due nuovi casi di licenziamento del lavoratore con disabilità per superamento del comporto*), Cass. del 22 maggio 2024, n. 14316, Cass. del 23 maggio 2024, n. 14402, entrambe Rel. Cinque e oggetto del presente commento, Cass. 31 maggio 2024, n. 1582 (sempre in www.rivistalabor.it, annota da G. Zampieri, *op. ult. cit.*) e, da ultimo, Cass. 5 giugno 2024, n. 15723 Rel. Ponterio, sempre presa in esame con la odierna annotazione.

2. La tesi per cui la discriminazione opera in maniera oggettiva a prescindere dalla conoscenza del fattore rischio

Con riferimento al tema della conoscenza della disabilità del dipendente da parte del datore di lavoro, ai fini di un'eventuale scriminante per la responsabilità di quest'ultimo, Cass. n. 9095 del 31 marzo 2023 aveva escluso che la mancata conoscenza della riconducibilità delle assenze per malattia del dipendente alla patologia invalidante potesse escludere la sussistenza della discriminazione e, quindi, giustificare la legittimità del recesso. La discriminazione, a parere della Corte, opera in modo oggettivo, prescindendo dall'intento soggettivo che guida la condotta del datore di lavoro.

In seguito, Cass. 21 dicembre 2023, n. 35747, con riferimento alla rilevanza oggettiva della discriminazione, aveva osservato – quanto alla consapevolezza dei motivi delle assenze del lavoratore da parte del datore – che lo stato di disabilità del lavoratore fosse un dato conosciuto dal medesimo per “*essersi egli difeso nel giudizio sostenendo di aver sempre adibito il lavoratore a mansioni compatibili con il suo stato di salute*” (pag. 13, rigo 18 della sentenza”).

Tale circostanza comprovava, a parere dei giudici di legittimità, la cognizione da parte del datore di lavoro sia della situazione di assenza ripetuta del lavoratore per malattia, sia della sua condizione di disabilità e, pertanto, del rischio per quest'ultimo di assentarsi maggiormente dal lavoro per morbilità.

Fatti questi, affermava la Corte, “*certi, specifici e obiettivamente verificabili in virtù dei quali si può dunque ragionevolmente affermare ...che il medesimo datore di lavoro potesse 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*”.

In tema di ripartizione oneri probatori, a giudizio di Cass. 21 dicembre 2023, n. 35747, i criteri da utilizzare non sono quelli dei canoni ordinari di cui all'art. 2729 c.c., bensì quelli speciali di cui al d.lgs. n. 216 del 2003, art. 4. Non si tratta di un'inversione dell'onere probatorio, quanto, piuttosto, di un'agevolazione del regime probatorio in favore del soggetto disabi-

le, prevedendo la norma una “presunzione” di discriminazione indiretta per l’ipotesi in cui il “denunciante” abbia difficoltà a dimostrare l’esistenza degli atti discriminatori.

Secondo tale impostazione degli oneri probatori, proseguono i giudici di legittimità, il lavoratore deve provare il fattore di rischio, e cioè il trattamento che assume come meno favorevole rispetto a quello riservato a soggetti in condizioni analoghe e non portatori del fattore di rischio; il datore di lavoro, di contro, deve dimostrare le circostanze inequivoche, idonee a escludere, per precisione, gravità e concordanza di significato, la natura discriminatoria della condotta.

3. L’orientamento sulla conoscibilità della condizione di disabilità ai fini dello scomputo delle malattie dal periodo di comporta

L’ordinanza di Cass. n. 14316 del 22.5.2024 (Rel. Cinque) rappresenta un ulteriore tassello nel consolidamento dell’orientamento in tema di licenziamento discriminatorio del disabile per superamento del periodo di comporta (sul punto, condivide i medesimi principi che di seguito saranno trattati anche Cass. n. 14402 del 23.5.2024, sempre Rel. Cinque).

Nel caso di specie, il lavoratore aveva patito un infortunio sul lavoro il 21.3.2018 ed era sostanzialmente stato in malattia fino al 9.1.2019. Era poi tornato a lavorare per pochi giorni ed era stato adibito a mansioni interne (e non a quelle esterne in relazione alle quali aveva subito l’aggressione e le percosse dal destinatario di una raccomandata), per poi assentarsi nuovamente per malattia dal 21.2.2019 all’8.3.2020, allorquando era stato licenziato per superamento del periodo di comporta del solo secondo periodo (cd. comporta secco). Nelle more, con verbale dell’INPS del 24.7.2018 (in relazione al quale la Corte territoriale ha ritenuto che non vi fosse la prova di essere stato portato a conoscenza della società), il lavoratore era stato riconosciuto portatore di disabilità lieve *ex art. 3 co. 1, l. n. 104/1992*.

Alla luce di tali evidenze fattuali, secondo la Suprema Corte la società datrice di lavoro era a conoscenza di un serio infortunio sul lavoro patito dal lavoratore (tanto è che aveva modificato le mansioni assegnate), nonché di un andamento delle assenze per malattia sicuramente anomalo e sintomatico di una patologia non ordinaria. La società, pertanto, a differenza di quanto ritenuto dalla Corte territoriale, avrebbe dovuto coinvolgere, per una corretta applicazione delle norme in materia, il lavoratore ai fini di acquisire i necessari chiarimenti in ordine alle assenze effettuate.

A parere dei giudici di legittimità per il datore di lavoro, ai fini di ritenere giustificata l’omessa conoscenza della disabilità, non è sufficiente dedurre ed eccepire che il dipendente non abbia segnalato che le patologie che avevano dato luogo alle sue assenze fossero collegate alla sua disabilità ovvero che non gli risultasse trasmesso il verbale di riconoscimento dello stato di portatore di *handicap* del dipendente stesso.

Tanto premesso, occorre quindi affrontare il punto di maggiore interesse delle ordinanze in annotazione che riguarda, sicuramente, la soluzione adottata con riferimento alla *querelle*, sorta sia in dottrina sia in giurisprudenza, relativa alla conoscibilità da parte del datore delle malattie dovute alla disabilità, al fine dello scomputo delle stesse, quale accomodamento ragionevole, e senza che ciò involga in una responsabilità oggettiva nei confronti di quest’ultimo (in merito, per una disamina delle diverse posizioni della giurisprudenza di merito su tale contrasto interpretativo, sia consentito rimandare a M. Salvagni, *Il “prisma”*

delle soluzioni giurisprudenziali in tema di licenziamento del disabile per superamento del comports: discriminazione indiretta, clausole contrattuali nulle, onere della prova e accomodamenti ragionevoli, in LPO, 3-4, 215).

Sul punto, la Cassazione afferma che il presupposto della conoscenza dello stato di disabilità o la possibilità di conoscerlo secondo l'ordinaria diligenza incide, evidentemente, sulla possibilità che il datore di lavoro possa fornire la prova liberatoria circa la ragionevolezza degli accomodamenti da adottare e, quindi, rappresenta un momento indispensabile nella valutazione della fattispecie.

In merito, la decisione osserva che possono configurarsi due ipotesi: a) la prima, in cui il datore di lavoro abbia colpevolmente ignorato la disabilità del dipendente; in essa rientrano i casi in cui la disabilità sia conosciuta dal datore (es., assunzione L. n. 68/1999 o perché sia stata comunicata la situazione di disabilità); b) la seconda, in cui il fattore di protezione, anche se non portato a conoscenza del datore di lavoro, avrebbe potuto essere ritenuto reale secondo un comportamento di questi improntato a diligenza (cf. punti 36 e 37).

La Suprema Corte chiarisce poi che in quest'ultimo caso vanno ricomprese tutte le situazioni in cui il datore di lavoro, pur ignorando la disabilità del dipendente non sia incolpevole perché era in grado di averne comunque consapevolezza (cfr. punto 38).

In merito, gli Ermellini osservano che tale cognizione può raggiungersi effettuando correttamente la sorveglianza sanitaria ex art. 41 del D.lgs. n. 81/2008 ovvero perché le certificazioni mediche e/o la documentazione inviata erano sintomatiche di un particolare stato di salute costituente una situazione di *handicap* delineata dalla normativa in materia (cfr. punto 38).

In entrambi i casi, per il datore sorge, prima del recesso, un onere di acquisire informazioni 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 (cfr. anche Cass. n. 11731 del 2024, par. 7.2).

4. L'onere bifronte: il collegamento funzionale tra l'onere del datore di lavoro di acquisire informazioni e quello di cooperazione del lavoratore al fine di adottare l'accomodamento ragionevole

L'ordinanza n. 14316 del 22.5.2024, nell'affrontare la tematica della conoscenza dello stato di disabilità, oltre ad individuare le ipotesi affinché il datore di lavoro possa offrire la prova liberatoria in caso di licenziamento del disabile per superamento del comports, indicano anche le condotte che devono contraddistinguere la correttezza dell'operato delle parti in causa.

In un certo senso, si può affermare che la Corte di Cassazione individua un vero e proprio "onere bifronte", in cui si configura una sorta di interconnessione obbligatoria tra due diverse posizioni giuridiche che, tuttavia, devono essere necessariamente collegate funzionalmente tra loro al fine del raggiungimento dello scopo antidiscriminatorio.

Da una parte, l'onere del datore di lavoro di acquisire informazioni e, dall'altra, quello di cooperazione del lavoratore nel fornire le indicazioni sulle proprie patologie afferenti alla disabilità. L'adempimento congiunto di tali oneri consente al datore di conoscere correttamente

te le malattie del prestatore dovute a disabilità ai fini di adottare l'accomodamento ragionevole teso ad evitare il recesso.

In tal senso, secondo le statuizioni dell'ordinanza in esame (nonché in quelle rassegnate nell'altra ordinanza, praticamente gemella, n. 14402 del 23.5.24), la richiesta di informazioni da parte del datore di lavoro al dipendente viene considerata quale passaggio necessario per il rispetto dell'obbligo per l'azienda di adottare ogni accorgimento ragionevole che consenta di evitare il licenziamento del disabile (cfr. punto 39).

A tale onere, sempre a parere dei giudici di legittimità, tuttavia, *“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”* (cfr. sempre punto 39).

La Corte di Cassazione richiama, a supporto di tali oneri di collaborazione tra le parti, alcune fonti sovranazionali. In particolare, l'art. 2 della Convenzione ONU, per cui è discriminatorio il rifiuto di un accomodamento ragionevole a condizione però che esso sia stato oggetto di un'istanza (punto 41). Ed ancora, il Commento generale n. 6, adottato nel 2018 dal Comitato ONU per i diritti delle persone con disabilità che prevede un dialogo tra l'obligato e l'individuo con disabilità ma che presuppone, però, la richiesta di un accomodamento che consente l'attivazione dello stesso da parte del primo soggetto (punto 42).

Sulla stessa falsariga, i giudici di legittimità segnalano anche le conclusioni rese dall'Avvocato generale nella causa innanzi alla Corte di Giustizia C-270, decisione del 18 gennaio 2018, per cui le soluzioni ragionevoli a cui è tenuto il datore qualora un prestatore sia affetto da una condizione di *handicap*, presuppongono che esso *“sia o dovrebbe essere a conoscenza di tale disabilità”* (punto 43). Da ultimo, sempre con riferimento al dialogo tra parti, deve darsi conto delle modifiche relative al d.lgs. 62 del 2024 che secondo la Cassazione, anche se non applicabili alla fattispecie oggetto di giudizio, stabiliscono comunque la possibilità per la persona con disabilità di richiedere con apposita istanza scritta l'accomodamento ragionevole (punto 44).

In conclusione, secondo la Suprema Corte, proprio al fine di *“non sconfinare in forme di responsabilità oggettiva”* e per verificare, al contempo, l'adempimento o meno dell'accomodamento ragionevole, *“l'interlocuzione ed il confronto tra le parti (...) rappresentano una fase ineludibile della fattispecie complessa del licenziamento del lavoratore disabile per superamento del periodo di comporto”* (cfr. punto 45).

5. La condotta pro-attiva esigibile dal datore di lavoro

Alla luce dei principi di leale cooperazione tra le parti sin qui esposti, finalizzati appunto all'applicazione dell'accomodamento ragionevole a tutela del prestatore disabile, i provvedimenti in commento ribadiscono l'assunto per cui la condotta del datore di lavoro deve essere caratterizzata da un'azione in positivo volta *“alla ricerca di misure organizzative ragionevoli idonee a consentire lo svolgimento di un'attività lavorativa al disabile”* (cfr. punto 45, sempre Cass. n. 14316 del 22 maggio 2024).

In particolare, i giudici di legittimità richiamano quei principi di pro-attività già affermati dalla Suprema Corte nella decisione n. 6497 del 9 marzo 2021, secondo cui l'obbligo di accomodamenti ragionevoli, imposto *ex lege* al datore di lavoro, deve essere inteso come condotta pro-attiva tesa all'eliminazione delle barriere di diversa natura che ostacolano la piena ed effettiva partecipazione dei disabili alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori, salvo che ciò comporti costi eccessivi per la società.

A parere sempre di Cass. 9 marzo 2021, n. 6497, potrà dirsi ragionevole ogni soluzione organizzativa praticabile che miri a salvaguardare il posto di lavoro del disabile in un'attività che sia utile per l'azienda e che imponga all'imprenditore, oltre che al personale eventualmente coinvolto, un sacrificio che non ecceda i limiti di una tollerabilità considerata accettabile secondo *“la comune valutazione sociale”*.

Proseguendo nel ragionamento, sempre Cass. 9 marzo 2021, n. 6497, dà conto dei principi espressi da Cass. SS.UU. n. 5688 del 1979, che, proprio a proposito dell'integrazione del comportamento dovuto dal datore di lavoro *ex art. 1175 c.c.*, ha ritenuto che quest'ultimo deve *“ritenersi vincolato non solo a non frapporre ostacoli alla realizzazione dell'interesse dell'altra parte, ma anche a fare tutto ed esattamente quanto la comune valutazione sociale consideri necessario”*.

Tornando alle statuizioni delle ordinanze di maggio 2024, in applicazione dei predetti principi, a fronte di un reiterato e anomalo numero di assenze per malattia come avvenuto nel caso di specie, il datore di lavoro avrebbe dovuto valutare la possibilità di chiedere al proprio dipendente – a maggior ragione in prossimità del decorso del periodo di comporta – quale natura avessero gli eventi morbosi occorsi (cfr. punto 47).

A giudizio della Suprema Corte, non sarebbe necessario conoscere la diagnosi esatta, essendo sufficiente accertare se il periodo di assenza per malattia possa ritenersi eziologicamente riconducibile all'invalidità da cui è affetto il lavoratore. Ciò consentirebbe all'azienda di realizzare, quale accomodamento ragionevole, quello di scorporare dal calcolo del comporta le assenze per malattia riconducibili all'invalidità o di valutare ogni ragionevole soluzione tecnico-operativo che, come richiesto dalla giurisprudenza di legittimità e della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, consenta al dipendente con menomazioni psico-fisiche di conservare il posto di lavoro.

6. Informazioni del prestatore disabile sulle proprie patologie: l'ordinanza del Tribunale di Ravenna di rimessione alla Corte di Giustizia in relazione alla possibile violazione della privacy

In ragione di quanto sin qui analizzato, secondo la Corte di Cassazione il comportamento non collaborativo del dipendente potrà essere oggetto di valutazione in applicazione dei canoni generali di correttezza e buona fede e valorizzato unitamente ad eventuali ulteriori circostanze dalle quali possa desumersi l'insussistenza, nel caso concreto, di un trattamento discriminatorio.

Tuttavia, occorre affrontare anche la tematica per cui, a fronte della richiesta del datore di lavoro di chiarire la connessione tra l'assenza per malattia e la disabilità, il lavoratore potrebbe lamentare una violazione della propria riservatezza in ragione delle proprie patologie.

Il “dialogo” con il lavoratore dovrà quindi essere mantenuto entro i limiti del diritto alla privacy.

Sul tema, pare opportuno un accenno alla questione pregiudiziale posta alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea da parte del Tribunale di Ravenna. Ed infatti, con ordinanza del 4 gennaio 2024, il giudice di Ravenna ha chiesto al giudice di Lussemburgo di pronunciarsi sulla legislazione italiana, che non prevede, per ciò che concerne la durata del periodo di comporto, una disciplina differente tra lavoratori qualificabili come disabili e coloro che non lo sono (pubblicata su www.lavorodirittieuropa.it, con nota di L. La Pecerella, *Computabilità nel periodo di comporto delle assenze per patologia inabilitante*, in *LDE*, 2024, n. 1, pp. 1-6).

Il Tribunale emiliano fonda le proprie argomentazioni remittenti sulla base della circostanza che molti contratti collettivi stabiliscono un periodo di comporto indifferenziato per tutti i prestatori, non prevedendo alcun “vantaggio” per i lavoratori affetti da disabilità. Ciò determinando una evidente disparità di trattamento nei confronti del soggetto disabile.

In gioco vi è la nota questione, più volta acclarata dalla giudice di Lussemburgo, del maggior rischio, incombente sul prestatore disabile, di accumulare molti giorni di assenza e così superare più facilmente il periodo di comporto previsto come uguale per tutti. Il tutto in violazione della Direttiva 2000/78/CE relativa alla tutela dei lavoratori disabili, recepita in Italia con d.lgs. n. 216/2013.

Per quanto di interesse ai fini del presente contributo, occorre segnalare che il Tribunale di Ravenna fa anche leva sulla normativa vigente, a tutela della *privacy* del lavoratore, che esclude che il datore di lavoro possa venire direttamente a conoscenza delle patologie di cui sono affetti i propri dipendenti. È fatto notorio che i certificati medici sono privi della diagnosi. Dovendosi anche precisare che alcuni dei provvedimenti della Cassazione in esame riguardavano proprio la questione della mancata indicazione nel certificato medico del codice nosologico relativo ad una patologia grave o invalidante. Circostanza questa che non consentirebbe al datore di lavoro di conoscere la disabilità del prestatore malato, con la conseguenza di essere impossibilitato a adottare l’accomodamento ragionevole.

I dubbi del Tribunale di Ravenna prendono le mosse proprio da tali limiti in tema di *privacy* a cui è soggetto datore di lavoro, chiedendo così alla Corte di Giustizia di pronunciarsi, ai sensi dell’art. 267 del Trattato per il Funzionamento dell’Unione Europea, tra le altre, sulla seguente questione di interesse rispetto al ragionamento sin qui argomentato: se un accomodamento ragionevole, idoneo e sufficiente a evitare la discriminazione, possa essere rappresentato dalla previsione di un’aspettativa non retribuita a richiesta del lavoratore, che dovrebbe però rinunciare alla sua *privacy* rivelando la diagnosi correlata al suo stato di disabilità.

Fatta tale premessa di ordine sistematico, richiamando il ragionamento di Cass. n. 14316 del 22 maggio 2024 in tema di onere di informazioni da parte del datore di lavoro con riferimento alla conoscibilità delle assenze per malattia dovute a disabilità, occorre comprendere se tale richiesta configuri una violazione della disciplina della *privacy* secondo quanto previsto dall’art. 6 del vigente GDPR (Regolamento UE 2016/679) che disciplina le condizioni del trattamento dei dati sensibili.

In termini, deve considerarsi che in un bilanciamento di interessi contrapposti, secondo l'onere di collaborazione a carico del soggetto disabile, così come tratteggiato dalle sopra citate decisioni della Suprema Corte del maggio 2024, quest'ultimo avrebbe tutto l'interesse ad esprimere il proprio consenso al trattamento dei dati personali e, quindi, all'indicazione delle patologie che comportano disabilità. Una tale opzione, da una parte, consentirebbe al datore di lavoro di adottare l'accomodamento ragionevole e, dall'altra, al lavoratore disabile di conservare il posto di lavoro.

Comunque, occorre sempre tener conto del fatto che il prestatore affetto da disabilità deve porre attenzione a non incorrere in un comportamento "ostruzionistico", come indicato dall'ordinanza n. 14316 del 22 maggio 2024, che potrebbe determinare per il medesimo delle conseguenze negative rispetto alle proprie rivendicazioni. Senza considerare poi che mettere a conoscenza il datore di lavoro delle proprie patologie "invalidanti" pone il datore di lavoro in una sorta di "messa in mora", il quale non potrà trincerarsi dietro una mancanza di conoscenza ai fini dell'adozione degli accorgimenti ragionevoli ai sensi dell'art. 3, co. 3 bis, d.lgs. n. 216/2003.

7. L'ordinanza della Corte di Cassazione n. 15723, del 5 giugno 2024

La vicenda decisa dalla Corte di Cassazione, con provvedimento n. 15723, del 5 giugno 2024, prende le mosse da una sentenza della Corte territoriale di Napoli che aveva respinto l'appello della società confermando la sentenza di primo grado in cui era stato dichiarato nullo, perché discriminatorio, un licenziamento intimato il 24 marzo 2020 per superamento del periodo di comporto.

In estrema sintesi, il caso riguardava un rapporto di lavoro a cui era applicato il CCNL per le imprese di pulizie e multiservizi, ove la lavoratrice si era assentata dal lavoro per malattia dal 26.2.2018 al 13.5.2018. A fine aprile 2019 era stato diagnosticato alla prestatrice un carcinoma della mammella destra con metastasi linfonodali. A causa di tale patologia la dipendente, in data 13.5.2019, era stata sottoposta a intervento chirurgico, con degenza fino al 15.5.2019 e, successivamente, a ripetuti trattamenti chemioterapici, rimanendo assente dal lavoro.

In seguito, in data 12.8.2019, la lavoratrice aveva inoltrato alla società la certificazione rilasciata dall'ASL attestante la grave patologia di cui era affetta. Infine, alla prestatrice era stato intimato il licenziamento per superamento del periodo di comporto e, precisamente, a seguito di 373 giorni di assenza per malattia nel triennio.

Sulla base di tali premesse, la Suprema Corte ha preliminarmente osservato che nel caso di specie non vi fosse contestazione tra le parti sulla circostanza che la società conoscesse la condizione di disabilità della dipendente. La decisione in annotazione, quindi, non affronta la questione della conoscenza da parte del datore di lavoro della disabilità di cui era affetta la lavoratrice, in quanto fatto pacifico. Pertanto, secondo i giudici di legittimità correttamente la Corte di merito aveva ritenuto integrata una discriminazione indiretta per avere la datrice di lavoro applicato nei confronti della dipendente in condizione di disabilità la medesima previsione di durata del periodo di conservazione del posto di lavoro valida per i dipendenti non affetti da disabilità.

Sempre in punto di diritto, la Suprema Corte ha osservato che non colgono nel segno le censure svolte dal datore di lavoro alla sentenza di merito per cui il contratto collettivo applicato stabiliva un periodo di comportamento particolarmente lungo (365 giorni in 3 anni) che, proprio in ragione di tale previsione, garantiva *ex se* la conservazione del posto di lavoro anche per le persone affette da disabilità (cfr. punto 14).

Tali argomenti, a giudizio dei giudici di legittimità, “*non colgono l’essenza della tutela antidiscriminatoria che, per il profilo che qui interessa (discriminazione indiretta), si fa carico di elidere la condizione di svantaggio in cui le persone portatrici del fattore di discriminazione possono venire a trovarsi ove siano destinatarie del medesimo trattamento riservato alla generalità delle persone*” (punto 14).

Sulla base di tali presupposti, l’ordinanza in esame ha affermato che non “*è quindi la durata, più o meno lunga, del periodo di comportamento prevista per la generalità dei dipendenti che può eliminare o ridurre la condizione di svantaggio del lavoratore affetto da disabilità*” (cfr. sempre punto 14).

A giudizio della Suprema Corte, il lavoratore affetto da disabilità si troverà esposto in ogni caso a diversi rischi tra i quali: ammalarsi più frequentemente rispetto ai colleghi non portatori di disabilità, accumulare più assenze dal lavoro e, infine, raggiungere più velocemente il limite massimo del periodo di conservazione del posto.

Alla luce di tali evidenze, i giudici di legittimità hanno affermato che “*l’uniformità di trattamento si risolve in condizione di per sé idonea a porre il lavoratore portatore del fattore discriminazione in una condizione sfavorevole rispetto al tertium comparationis* (punto 14).

Secondo la Suprema Corte poi, la contrattazione collettiva (nella specie l’art. 51 del c.c.n.l.), che consente a tutti i dipendenti che abbiano superato il periodo di comportamento di richiedere una aspettativa di quattro mesi, non esclude la configurazione di una discriminazione indiretta, in quanto non realizza una differenziazione della disciplina in materia di comportamento.

Anche in questo caso, a parere dei giudici di legittimità, “*si tratta di rimedio non idoneo ad elidere la situazione di svantaggio in cui li lavoratore disabile può trovarsi rispetto agli altri lavoratori, e ciò pur a prescindere dal rilievo dell’essere la concessione dell’aspettativa (non retribuita) rimessa alla discrezionalità del datore di lavoro*” (punto 15).

Sul punto, la Suprema Corte rileva che in linea di principio un limite massimo in termini di giorni di assenza per malattia del lavoratore disabile può essere fissato (cfr. punto 16), ma tale opzione, come già sostenuto da Cass. 9095/2023, deve essere rimessa al legislatore o alle parti sociali (con riferimento ad una disamina sulla contrattazione collettiva e le diverse patteggiamenti in tema di comportamento in caso di disabilità, si rimanda a F. Alifano, *Discriminazione per disabilità, comportamento e contrattazione collettiva. Primi appunti ad un anno dalla pronuncia della Cassazione, in Working Paper Adapt n. 7/2024*).

In merito, si è tuttavia sostenuto che la determinazione di un periodo di comportamento più lungo in favore del lavoratore disabile da parte della contrattazione collettiva sarebbe comunque sottoposta al vaglio del giudice ordinario in ragione dell’applicazione di dettami sovranazionali (in tal senso M. Menicucci, *Superamento del comportamento e disabilità “europea”: critica di una soluzione ragionevole*, LG, 2024, n. 5, 456).

Pertanto, la soluzione dovrebbe essere ricercata sempre in via giurisprudenziale, ricorrendo magari al criterio dell'equità, previsto dall'art. 2110 c.c., pensando di applicare al disabile, nell'accezione "europea", un periodo di comportamento più lungo sulla falsariga di quello previsto da alcuni contratti collettivi in caso di patologie oncologiche (cfr. sempre M. Menicucci, *op. ult. cit.*, p. 456).

Sul punto, la Corte di Cassazione ha comunque indicato che è proprio la mancata valutazione del fattore di rischio, insito nella reale possibilità per i lavoratori disabili di essere affetti da maggiori episodi di morbilità, che trasforma il criterio apparentemente neutro del computo del periodo di comportamento breve in una prassi discriminatoria nei confronti di coloro che necessitano di protezione in ragione della loro posizione di svantaggio (punto 16).

In conclusione, una contrattazione collettiva, come quella posta al vaglio dei giudici di legittimità, che stabilisce un *"identico periodo di durata del comportamento per tutti i lavoratori senza prendere in specifica considerazione la posizione di svantaggio del disabile e senza adottare gli accomodamenti ragionevoli prescritti dalla Direttiva 2000/78/CE e dall'art. 3, co. 3 bis, d.lgs. n. 216 del 2003, realizza una discriminazione indiretta"* (cfr. punto 17).

Alla luce di quanto sin qui argomentato, la decisione della Corte di n. 15723, del 5 giugno 2024, affronta, e al tempo stesso supera, a parere di chi scrive, le tematiche pregiudiziali poste dal Tribunale di Ravenna alla CGUE.

In particolare, il giudice di Ravenna, proprio in ragione delle disposizioni antidiscriminatorie stabilite dalla Direttiva 2000/78/CE, ha posto al giudice euro-unitario, in estrema sintesi, la seguente questione: se possa ritenersi conforme al diritto dell'Unione una normativa che, pur non stabilendo una disciplina differente per lavoratori disabili e prestatori che non lo sono, tuteli comunque i dipendenti disabili prevedendo lunghi periodi di comportamento e/o di aspettativa.

Le statuizioni di Cass. 15723/2024 sembrano risolvere il tema posto al giudice di Lussemburgo da parte del Tribunale di Ravenna in quanto, secondo i giudici di legittimità l'accomodamento ragionevole o la condotta non discriminatoria non si risolve in ragione della durata, più o meno lunga, del periodo di comportamento prevista per la generalità dei dipendenti, in quanto tale soluzione non elimina o riduce la condizione di svantaggio del lavoratore affetto da disabilità.

Tantomeno, anche la richiesta di una aspettativa non esclude la realizzazione di una discriminazione indiretta, visto che la disciplina in materia di comportamento, ai fini della conservazione del posto di lavoro, rimane invariata.

Michelangelo Salvagni, avvocato in Roma

Visualizza i documenti: [Cass., 5 giugno 2024, n. 15723](#); [Cass., 6 giugno 2024, n. 15845](#); [Cass., 22 maggio 2024, n. 14316](#); [Cass., 23 maggio 2024, n. 14402](#)