

Marco Menicucci

SUPERAMENTO DEL COMPORTO E DISABILITÀ “EUROPEA”

Il licenziamento per eccessiva morbilità dei lavoratori qualificabili come soggetti con disabilità secondo la normativa sovranazionale è, in questo momento, un cantiere aperto. Forse quello in cui – pur nella materia dei licenziamenti, già di per sé in evoluzione praticamente quotidiana - più alacramente si lavora alla ricerca di una soluzione che appare difficilissimo trovare. Nella pubblica udienza dell’11 aprile 2024 la Corte di cassazione ha trattato diversi ricorsi al riguardo, con l’evidente intento di tracciare una direzione chiara e, forse, una soluzione soddisfacente. Anticipo che a mio parere non ci è riuscita.

Vale la pena di riepilogare brevemente la situazione risultante dalle pronunce della Corte di Giustizia dell’Unione Europea. Con le sentenze 11 aprile 2013 (nelle cause riunite C-335/11 e C-337/11 - HK Danmark) e 18 gennaio 2018 (nella causa C-270/16 - Ruiz Conejero) essa ha fissato questi principi:

- il diritto unionale non consente di applicare ai lavoratori con disabilità il medesimo comportamento che si applica a tutti gli altri lavoratori;
- il diritto unionale impedisce di computare nel comportamento le assenze che siano riconducibili allo stato di disabilità del lavoratore;
- il lavoratore da considerare disabile a questi fini e che ha quindi diritto alla descritta tutela è colui che si trovi in *«una condizione patologica causata da una malattia diagnosticata come curabile o incurabile, qualora tale malattia comporti una limitazione, risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche, che, in interazione con barriere di diversa natura, possa ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori, e tale limitazione sia di lunga durata»*;
- il licenziamento intimato in violazione dei principi esposti costituisce una violazione della normativa di tutela dei disabili e configura quindi una discriminazione indiretta a loro carico.

Nel 2023 la Corte di cassazione – con l’importantissima sentenza n. 9095 del 31 marzo 2023, confermata integralmente dall’ordinanza n. 35747 del 21 dicembre 2023 – aveva recepito le suddette indicazioni della Corte di Lussemburgo, affermando che l’applicazione al “disabile europeo” dell’ordinario periodo di comportamento costituisce una discriminazione indiretta e ricordando che la discriminazione opera in modo oggettivo, cosicché non è decisivo il fatto che il datore di lavoro non abbia avuto conoscenza del motivo delle assenze del lavoratore (cosa normalissima, visto che i certificati medici naturalmente non indicano la specifica malattia).

Queste decisioni facevano seguito a numerose pronunce di merito che si erano mosse nello stesso senso, talché numerosi commentatori hanno evidenziato gli effetti assolutamente irrazionali del sistema, che rendeva per il datore di lavoro difficilissimo - forse addirittura impossibile - comprendere quando potesse essere considerato superato il periodo di comportamento; egli rischiava pertanto di essere condannato per aver intimato un licenziamento discriminatorio pur non conoscendo neppure le effettive condizioni di salute del lavoratore.

La prima sentenza pubblicata a seguito dell’udienza dell’11 aprile 2024 è stata la n. 11731 del 2 maggio 2024 (Rel. Patti), la quale ha sostenuto – suscitando sorpresa in molti lettori – che quanto affermato dalla citata Cass. 31 marzo 2023, n. 9095 circa l’irrelevanza dell’atteggiamento soggettivo del datore di lavoro autore della discriminazione dovesse essere inteso in questo senso: egli, qualora

edotto della condizione effettiva di disabilità del lavoratore, ha l'onere di attivarsi per approfondire le ragioni delle assenze, in modo da superare l'incertezza probatoria che ricadrebbe negativamente su di lui, in quanto parte tenuta a provare l'insussistenza della discriminazione, una volta dimostrate le circostanze di fatto idonee a lasciarla desumere. In verità a molti era parso che la sentenza n. 9095 fosse invece molto più radicale nell'affermare *sic et simpliciter* la discriminatorietà del licenziamento di un lavoratore qualificabile come soggetto con disabilità intimato in mancanza di accomodamenti ragionevoli, senza che avesse rilievo ciò di cui il datore di lavoro era a conoscenza.

Le sentenze deliberate alla medesima udienza e pubblicate successivamente hanno ribadito, e per certi versi "affinato", il concetto espresso dalla n. 11731.

Cass. n. 14316 del 22 maggio 2024 (Rel. Cinque) - nel richiamare le pronunce n. 9095 e n. 37547 del 2023 - ha confermato che la discriminazione opera obiettivamente; ha aggiunto che, per accertare la sussistenza di un'esimente per il datore di lavoro che non abbia attuato accomodamenti ragionevoli, assumono rilevanza la conoscenza e la conoscibilità del fattore discriminatorio. I giudici di legittimità hanno affermato che, qualora il datore di lavoro sia a conoscenza della situazione di disabilità del lavoratore, o possa averne conoscenza usando la dovuta diligenza, sorge per lui un dovere di acquisire informazioni presso il lavoratore circa la natura delle assenze, al fine di applicare gli eventuali accomodamenti ragionevoli (ad esempio un allungamento del compito o il mancato computo delle assenze collegate alla disabilità). La Corte ha precisato - con l'ausilio di appigli normativi che invero mi paiono piuttosto deboli - che il lavoratore è tenuto ad un obbligo di cooperazione e che non può tenere un comportamento ostruzionistico.

Testualmente identica, ai fini che ci occupano, è la sentenza n. 14402 del 23 maggio 2024 (Rel. Cinque).

Nello stesso senso è Cass. n. 15723 del 5 giugno 2024 (Rel. Ponterio) che - seppur trattando un caso in cui era stato acclarato che la società datrice di lavoro conoscesse la condizione di disabilità della lavoratrice licenziata per superamento del compito - ha aderito pienamente ai precedenti del 22 e 23 maggio, richiamandoli espressamente.

La posizione assunta dalla Suprema Corte all'esito dell'udienza dell'11 aprile 2024 configura certamente un apprezzabile sforzo per superare la rigidità emersa dalle pronunce del 2023; nondimeno mi pare che la riconduzione a razionalità di un sistema che sembra davvero aver perso la bussola sia tutt'altro che raggiunta. Innanzitutto perché la Cassazione ha preso in esame solo due casi: quello del datore che sapeva della disabilità e quello del datore che era in condizione di sapere della disabilità. Non ha tuttavia vagliato il caso del datore di lavoro che incolpevolmente ignorasse lo stato di disabilità. Invero essa ha lasciato intuire - ma senza prendere posizione - che questi andrebbe "assolto" dall'accusa di aver operato un licenziamento discriminatorio. È però arduo conciliare la valutazione sulla "colpevolezza" con il principio in forza del quale la discriminazione opera oggettivamente ed indipendentemente dall'intento soggettivo dell'autore. È poi importante tenere presente che il periodo di comportamento previsto dai contratti collettivi italiani è sempre (o quasi) molto lungo e che la malattia di lunga durata può facilmente integrare di per sé i presupposti della nozione europea di disabilità. Questo mi fa temere che nei fatti si potrà sempre sostenere, in ragione solamente del dato oggettivo dell'assenza prolungata, che il datore di lavoro fosse tenuto a "sospettare" dell'esistenza della disabilità. Il caso del datore che non sia tenuto ad attivarsi - che le sentenze in parola non hanno trattato, ma che hanno lasciato ben intendere che esista - potrebbe forse non verificarsi mai.

Inoltre, in maniera ragionevole ed apprezzabile i giudici di Piazza Cavour si sono preoccupati di iniziare a delineare gli obblighi del lavoratore, ma anche in questo caso le mie perplessità non sono poche. Innanzitutto, come accennavo, la base giuridica individuata (tra cui un Commento del Comitato ONU per i diritti delle persone con disabilità e le conclusioni dell'Avvocato Generale nella

causa Ruiz Conejero) mi sembra abbastanza incerta. In secondo luogo, mi chiedo se sia giusto che il lavoratore con disabilità sia in sostanza meno tutelato dal punto di vista della *privacy* rispetto al collega normodotato. Delle ragioni delle malattie di quest'ultimo il datore non è mai al corrente – neppure qualora debba intimare un licenziamento per incompatibilità tra i comportamenti tenuti e lo stato di malattia - potendo difatti avere contezza solo della prognosi e non già della diagnosi; il primo sarebbe invece tenuto ad una *discovery* delle ragioni delle proprie assenze, che sono verosimilmente molto più sensibili rispetto a quelle dei colleghi.

Mi pare comunque che non si sia trovata la quadra in un sistema in cui, non va dimenticato, al termine di ogni ragionamento sta il richiamato principio per il quale la discriminazione opera oggettivamente e prescinde dall'intento soggettivo dell'autore.

Va infine notato che nelle sentenze 14316 e 14402 la Corte dà atto dell'importante ordinanza del 4 gennaio 2024 con la quale il Tribunale di Ravenna ha chiesto ai giudici europei di approfondire la tematica con riferimento alla situazione della contrattazione collettiva italiana. Il giudice romagnolo ha chiesto alla CGUE di sapere se la previsione di un periodo di centottanta giorni per ogni anno civile con l'aggiunta di centoventi giorni di aspettativa configuri una discriminazione in virtù del fatto che non è prevista una disciplina differente tra i lavoratori con disabilità e gli altri; in caso affermativo, se essa possa essere considerata come giustificata da una finalità legittima perseguita con mezzi appropriati e necessari. Il Tribunale ravennate chiede poi se possano costituire accomodamenti ragionevoli la previsione di un'ulteriore aspettativa non retribuita o il riconoscimento di un ulteriore periodo retribuito e, da ultimo, se nella valutazione della discriminatorietà del licenziamento incida il fatto che il lavoratore non sarebbe comunque stato in grado di rientrare al lavoro anche se il datore avesse ritardato l'intimazione del licenziamento.

Gli interrogativi irrisolti sono ancora numerosi e a mio parere il superamento del periodo di comporto - che è passato dall'essere forse il licenziamento scientificamente meno interessante ad essere una delle fattispecie più complesse - è destinato ad occupare ancora per molto tempo la scena del dibattito giuslavoristico.