

ADAPT - Scuola di alta formazione sulle relazioni industriali e di lavoro
Per iscriverti al **Bollettino ADAPT** [clicca qui](#)
Per entrare nella **Scuola di ADAPT** e nel progetto **Fabbrica dei talenti**
scrivi a: selezione@adapt.it

Bollettino ADAPT 16 dicembre 2019, n. 45

Con un contributo ricco di interesse (cfr. [Superamento del comporto e discriminazione indiretta: il punto della giurisprudenza, in Bollettino Adapt n. 40 2019](#)), Francesco Marasco, evidenziando contraddizioni e convincimenti eteroclitici della giurisprudenza di merito, affronta una tematica particolarmente stimolante e giuridicamente tutt'altro che "risolta".

Nella sostanza, si discute della complessa gestione del rapporto e, nello specifico, della sua estinzione nelle ipotesi in cui il lavoratore sia affetto da disabilità e, al contempo, sospenda legittimamente la prestazione, a causa della malattia, per un periodo tale da giustificare - teoricamente - l'atto di recesso ai sensi dell'art. 2110 c.c..

Il *nodo gordiano* sta nello stabilire se un licenziamento, intimato a soggetti portatori di svantaggio psico-fisico, causato dal superamento del c.d. periodo di comporto, possa o meno costituire ipotesi di "discriminazione indiretta", così come definita dalla Direttiva 2000/78/CE.

Muovendo dalle pronunce citate in approfondimento, i differenti *iter* argomentativi seguiti dai giudici di prime cure appaiono tutt'altro che esaustivi e non del tutto convincenti.

Per brevità, da un lato, si rigetta la tesi discriminatoria perché "...*priva di ancoraggio normativo...*" (cfr. Trib. Parma del 17 agosto 2018) o, in alternativa, poiché "...*l'ordinamento interno prevede comunque meccanismi difensivi per il lavoratore che versi in stato di disabilità [...] ci si riferisce alla Legge 104/1992 [...] e alla possibilità [...] del congedo per cure ai sensi del D.L. 119/2011...*" (Trib.

Milano n. 1883 del 2017).

Dall'altro, si accoglie l'assunto, motivando che, nel caso di specie, la mancata comunicazione al lavoratore circa l'imminente scadenza del periodo protetto, oltre a configurare inosservanza dei principi costituzionalizzati di correttezza e buona fede, determina "...un comportamento con una oggettiva idoneità a discriminare un lavoratore in considerazione delle sue condizioni di salute particolarmente gravi..." (Trib. S. Maria Capua Vetere n. 20012/2019).

È di tutta evidenza che dalle ricostruzioni in esame non è possibile ricavare alcun principio di diritto che abbia una portata generale.

La sensazione, inoltre, è che la giurisprudenza sembra fare fatica a focalizzare adeguatamente l'attenzione sull'origine del problema ossia i labili e, talvolta sovrapponibili confini - legali - tra la nozione di "handicap" e di "malattia".

Invero, è pacifico che, nonostante la giurisprudenza comunitaria non consenta al semplice *stato morboso* di determinare un elemento aggiuntivo di discriminazione¹, il concetto di disabilità espresso nella Convenzione di New York² e recepito dalla medesima Corte di Giustizia (... "**minorazioni fisiche, mentali, intellettuali o sensoriali a lungo termine** che in interazione con varie barriere possono impedire la loro piena ed effettiva partecipazione nella società su una base di eguaglianza con gli altri"...) possa includere, in determinate circostanze, quello che il "comune senso", anche lavoristico, identifica come malattia e, naturalmente, viceversa.

E che, dal punto di vista della tutela assicurata al lavoratore, le complessità scaturenti dalla potenziale *amalgama* di tali situazioni giuridiche, siano molto più che una semplice suggestione, come ritenuto invece dal giudice parmense, lo si evince chiaramente dalla lettura di altra pronuncia della corte europea, la sentenza *Ruiz Conejero* del 18 gennaio 2018³.

Affrontando il ricorso pregiudiziale sulla conformità del diritto spagnolo ai principi della direttiva sulla parità di trattamento, la Corte di Giustizia esprime alcuni fondamentali concetti su tali fattispecie di "immistione", riconoscendo e "tipizzando", proprio le particolari situazioni di assenze per malattia connesse ovvero originate dalla disabilità del soggetto eterodiretto.

Esprimendosi su un meccanismo concettualmente assimilabile al nostro periodo di comparto, la magistratura comunitaria ritiene che "...Per quanto riguarda la questione se l'articolo 52, lettera d), dello Statuto dei lavoratori sia idoneo a comportare una disparità di trattamento indirettamente basata sulla disabilità, si deve osservare che **la presa in considerazione dei giorni di assenza dovuti a una patologia collegata alla disabilità nel calcolo dei giorni di assenza per malattia finisce per assimilare una patologia legata a una disabilità alla nozione generale di malattia**. Orbene, come la Corte ha dichiarato [...] **è esclusa un'assimilazione pura e semplice della nozione di «handicap» a quella di «malattia»** [...] A tal proposito **si deve constatare che un lavoratore disabile è, in linea di principio, maggiormente esposto al rischio un lavoratore non disabile**. Infatti, rispetto a un lavoratore non disabile [...] è esposto al rischio ulteriore di assenze dovute a una malattia collegata alla sua disabilità. [...] **Risulta, dunque, che la norma di cui a tale disposizione è idonea a svantaggiare i lavoratori disabili e, quindi, a comportare una disparità di trattamento indirettamente basata sulla disabilità ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera b), della direttiva 2000/78**".

Tuttavia, rimettendosi alle valutazioni del giudice nazionale, la Corte conclude che **i gradi di discriminazione indiretta**, ossia "una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri" che "possono mettere le persone [...] portatrici di handicap in una situazione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone ..."⁴, **possano comunque venire meno laddove, secondo direttiva, tali disposizioni siano giustificate da una finalità legittima e i mezzi impiegati siano appropriati e necessari**.

A questo punto, non può dubitarsi che, nella giurisdizione nazionale, la valutazione di analoghe controversie, verta semmai sulla "proporzionalità" (così il considerando 23 della Direttiva) della speciale forma di cessazione del rapporto⁵ assicurata dall'art. 2110 per mezzo della contrattazione collettiva, piuttosto che sulla - a questo punto acclarata - sussistenza di profili di disparità indiretta.

E per approfondire la questione dell'eventuale incompatibilità con l'ordinamento europeo, peraltro recepito formalmente con il D.Lgs. 216/2003, si potrebbe analizzare l'altra causa **esimente** prevista al punto ii) lettera b) art. 2 Dir. 2000/78 ossia il venire meno della discriminazione indiretta, qualora **"nel caso di persone portatrici di un particolare handicap, il datore di lavoro o qualsiasi persona o organizzazione a cui si applica la presente direttiva sia obbligato dalla legislazione nazionale ad adottare misure adeguate, conformemente ai principi di cui all'articolo 5, per ovviare agli svantaggi provocati da tale disposizione, tale criterio o tale prassi"**.

A tal proposito, appare utile riportare alcuni estratti dell'art. 10 della legge sul collocamento mirato, la 68 del 1999:

"2. Il datore di lavoro non può chiedere al disabile una prestazione non compatibile con le sue minorazioni.

3. Nel caso di aggravamento delle condizioni di salute [...] il disabile può chiedere che venga accertata la compatibilità delle mansioni a lui affidate con il proprio stato di salute.

Nelle medesime ipotesi il datore di lavoro può chiedere che vengano accertate le condizioni di salute del disabile per verificare se, a causa delle sue minorazioni, possa continuare ad essere utilizzato presso l'azienda.

Qualora si riscontri una condizione di aggravamento che [...] sia incompatibile con la prosecuzione dell'attività lavorativa [...] il disabile ha diritto alla sospensione non retribuita del rapporto di lavoro fino a che l'incompatibilità persista.

Durante tale periodo il lavoratore può essere impiegato in tirocinio formativo.

Il rapporto di lavoro può essere risolto nel caso in cui, anche attuando i possibili adattamenti dell'organizzazione del lavoro, la commissione (di cui all'articolo 4 della legge 5 febbraio 1992, n. 104) accerti la definitiva impossibilità di reinserire il disabile all'interno dell'azienda."

A ben vedere dunque, la norma speciale, attraverso una certa (e suggestiva?) parafrasi

dell'ordinamento e della locuzione *aggravamento delle condizioni di salute*, potrebbe anche condurre a una prescritta "astrazione" del soggetto disabile, assente per malattia connessa al suo particolare stato, dall'ordinaria garanzia del periodo di comporto, al fine di consentirne un approdo verso una tutela più specifica e certamente più sensibile alle connaturate e oggettivamente differenti condizioni dello stesso all'interno del sinallagma contrattuale.

In conclusione, anche considerate le massime sanzioni⁶ previste in caso di licenziamento discriminatorio, indipendentemente dalla dimensione aziendale e dalla data di assunzione, la certificata incapacità prestazionale del soggetto disabile, almeno nelle ipotesi in cui il nesso fra i due stati sia esplicitato e conosciuto dal datore, merita, a parere di chi scrive, in quanto fattispecie geneticamente difforme e involgente una moltitudine di contrapposti interessi, una gestione "distinta" del rapporto e del suo, eventuale, percorso di recesso.

Federico Avanzi

Consulente del lavoro

¹ Corte Giustizia UE Sentenza C-13/05 (Chacón Navas)

² Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità del 13 dicembre 2006

³ Corte Giustizia UE Sentenza C-270/16 (Ruiz Conejero)

⁴ Cassazione Sez. Lavoro n. 20204/2019

⁵ Cassazione Sez. Lavoro n. 74/2017

⁶ "Tutela reale" di cui agli articoli 18 c. 1 Legge 300 del 1970 e 2 D.L.gs. 23 del 2015