

RGL 3/2021

PARTE II

RGL GIURISPRUDENZA ONLINE

NEWSLETTER N. 7/2021

APPROFONDIMENTI

TRIBUNALE VERONA, 22.3.2021, ord. – Est. Gesumunno – T. K.
(avv. G. Magalini) c. O. Spa (avv. D. D'Auria).

Licenziamento individuale – Licenziamento per superamento del periodo di comportamento – Nozione eurounitaria di disabilità – Computo assenze determinate da patologie invalidanti – Discriminatorietà – Nullità ex art. 18 c. 1, St. lav.

È oggettivamente discriminatorio e perciò nullo ai sensi dell'art. 18 c. 1, St. lav. il licenziamento per superamento del periodo di comportamento comminato a un lavoratore disabile, tale secondo la nozione eurounitaria di disabilità ai sensi della Direttiva 2000/78, se ai fini della maturazione del comportamento siano stati computati i periodi di malattia causati dalle patologie invalidanti. (1)

(1) IL LICENZIAMENTO PER SUPERAMENTO DEL PERIODO DI COMPORTO
ALLA LUCE DELLA DISCIPLINA DI CONTRASTO ALLA DISCRIMINAZIONE
IN RAGIONE DELLA DISABILITÀ

1. — Il contenzioso risolto dal Tribunale di Verona con l'ordinanza in commento prende le mosse dall'impugnazione di un licenziamento motivato dall'avvenuto, pacifico, superamento del periodo di comportamento, da parte di un lavoratore affetto da alcune patologie che ne avevano causato un certo grado di invalidità, non tale, però, da risultare in condizioni di handicap grave ai sensi dell'art. 3, c. 3, l. n. 104/92. Fatto pacifico in causa era anche l'avvenuto computo, da parte del datore di lavoro, ai fini della maturazione del comportamento, dei periodi di malattia determinati dalle patologie invalidanti.

In ricorso è stata invocata la giurisprudenza, eurounitaria e nazionale di merito, secondo cui la previsione di un periodo di comportamento eguale per lavoratori disabili e non, costituirebbe una discriminazione indiretta ai danni del lavoratore disabile, vietata dal d.lgs. n. 216/03, con conseguente nullità del recesso datoriale, ai sensi dell'art. 15 St. lav., come modificato dall'art. 4, d.lgs. n. 216/03.

2. — Con il d.lgs. n. 216/03, infatti, è stata data attuazione alla direttiva comunitaria n. 2000/78/CE finalizzata all'attuazione della parità di trattamento «per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro» a prescindere da determinate caratteristiche del lavoratore, espressamente individuate in quanto fattori di rischio di discriminazione: religione, convinzioni personali, handicap, età e orientamento sessuale (sulla normativa antidiscriminatoria sostanziale e processuale: Barbera, Guariso 2019; sulle intersezioni tra discriminazione di genere e discriminazioni «altre», Gottardi 2003; sulla nozione eurounitaria di discriminazione per disabilità «associata», Calafà 2008; sull'impatto della disciplina antidiscriminatoria sulla disciplina del licenziamento, Barbera 2013). La direttiva ed il suo strumento attuativo interno prevedono, in particolare, il divieto di discriminazione diretta, che si realizza quando il lavoratore titolare di uno dei fattori di rischio elencati sia trattato «meno favorevolmente di quanto sia, sia stato o sarebbe stata trattata un'altra persona in una situazione analoga», ed indiretta, che si realizza quando «una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri» possono metterlo «in una situazione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone» (art. 2, d.lgs. n. 216/03).

Con specifico riferimento al fattore di rischio determinato dalla disabilità, però, il legislatore comunitario non si è limitato ai divieti, ma ha introdotto un obbligo di attivarsi, in capo al datore di lavoro, al fine di attuare concrete condizioni di parità tra lavoratori. L'art. 5 dir. 2000/78/CE, infatti, espressamente impone al datore di lavoro di adottare «i provvedimenti appropriati, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, per consentire ai disabili di accedere ad un lavoro, di svolgerlo o di avere una promozione o perché possano ricevere una formazione, a meno che tali provvedimenti richiedano da parte del datore di lavoro un onere finanziario sproporzionato». Tale disposizione è stata recepita nel nostro ordinamento solo con l'art. 9, c. 4-ter, d.l. n. 76/2013 (conv. in l. n. 99/13), introduttivo del c. 3-bis dell'art. 3, d.lgs., n. 216/03, in seguito alla condanna della Repubblica Italiana, da parte della Corte di Giustizia dell'Ue, appunto per non avere «imposto a tutti i datori di lavoro di prevedere, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, soluzioni ragionevoli applicabili a tutti i disabili» (C. Giust. Ue, 4.7.2013, C-312/11, Commissione europea c. Repubblica italiana; sulla genesi dell'intervento normativo v. De Mozzi 2020).

Si è così consolidata anche nel nostro ordinamento la nozione di «ragionevoli accomodamenti» da intendersi quali «adeguamenti, *lato sensu*, organizzativi che il datore di lavoro deve porre in essere al fine di 'garantire il principio della parità di trattamento dei disabili' e che si caratterizzano per la loro 'appropriatezza', ovvero per la loro idoneità a consentire alla persona svantaggiata di svolgere l'attività lavorativa» (Cass. 9.3.2021, n. 6497 in *DeG*, 2021 con nota di Dulio; sulla nozione di accomodamento ragionevole v. Bonardi 2018; Peruzzi 2020).

Al fine di comprendere la portata applicativa dei divieti di discriminazione per disabilità e dell'obbligo di approntare ragionevoli accomodamenti, deve poi essere indagata la nozione di disabilità, ancora una volta così come consolidatasi nelle pronunce della Corte di Giustizia (C. Giust. 11.4.2013, C-335/11 e C-337/11, HK Danmark; C. Giust. Ue 1.12.2016, C-395/15, Mo. Da.), che, a sua volta, l'ha mutuata dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità (approvata con la De-

cisione n. 2010/48 del Consiglio del 26.11.2009 e, quanto all'ordinamento interno, ratificata con l. n. 18/2009). Secondo tale Convenzione «la disabilità è il risultato dell'interazione tra persone con minorazioni e barriere attitudinali ed ambientali, che impedisce la loro piena ed efficace partecipazione nella società su una base di parità con gli altri», definizione che, spostando il focus dalle caratteristiche del soggetto al contesto in cui si esplica la sua attività, già sembra racchiudere in sé un dovere di rimozione di tutte quelle barriere che, appunto, impediscono al lavoratore che abbia determinate caratteristiche, fisiche o psichiche, di svolgere la prestazione in condizioni di parità rispetto a chi tali caratteristiche non abbia, rendendolo disabile (sul c.d. modello bio-psico-sociale di disabilità v. C. App. Roma 20/11/2020, n. 2589 in *dejure.it* e De Mozzi 2020).

Secondo la recente ma consolidata giurisprudenza della Corte di Cassazione sul punto, la disabilità, rilevante ai fini dell'applicazione dei rimedi antidiscriminatori, consiste, quindi, in ogni «limitazione, risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche durature che, in interazione con barriere di diversa natura, possono ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori» (Cass., 21.5.2019 n. 13649, in *GI*, 2019, con nota di Pasquarella). Il carattere duraturo della menomazione, allora, costituisce il terreno di incontro tra disciplina del licenziamento per superamento del periodo di comportamento e disciplina antidiscriminatoria per disabilità, considerato che «la malattia, se di lunga durata e se incidente sull'integrazione socio-lavorativa del soggetto potrà essere considerata come disabilità» (Cass. 12.11.2019, n. 29289, in *FI*, 2019; v. anche C. Giust. Ue, 11.9.2019, C-397/18, DW c. Nobel Plastiques Iberica SA, punto 45).

E infatti la Corte di Giustizia dell'Unione europea, interrogata in modo specifico circa la compatibilità, con il divieto di discriminazione indiretta per disabilità, di una norma nazionale (danese) che stabiliva in 120 giorni di malattia il periodo oltre il quale era ammesso il licenziamento del lavoratore, senza distinguere tra lavoratori disabili e non, ha osservato che «rispetto ad un lavoratore non disabile un lavoratore disabile è esposto al rischio ulteriore di una malattia collegata al suo handicap. Pertanto, egli corre un rischio maggiore di accumulare giorni di assenza per malattia e, quindi, di raggiungere il limite dei 120 giorni contemplato dall'art. 5, par. 2, della FL. Pertanto, appare evidente che la norma dei 120 giorni prevista da tale disposizione è idonea a svantaggiare i lavoratori disabili e, dunque, a comportare una disparità di trattamento indirettamente basata sull'handicap ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera b), della direttiva 2000/78 (C. Giust. Ue, 11/04/2013, cause riunite C-335/11 e C-337/11, HK Danmark, punto 76; v. anche la più recente C. Giust. 18.01.2018, C-270/16, Carlos Enrique Ruiz Conejero c. Ferroservicios Auxiliares SA, Ministerio Fiscal, punto 57).

3. — È alla luce di questi principi che i Giudici del merito si sono trovati di recente a rivedere i parametri di legittimità del licenziamento per superamento del periodo di comportamento. Se è vero, infatti, che il superamento del comportamento «costituisce una fattispecie autonoma di licenziamento, vale a dire una situazione di per sé idonea a consentirlo» (Cass. S.U., 22.5.2018, n. 12568) e quindi che il mero protrarsi dell'assenza del lavoratore per malattia oltre un determinato periodo costituisce la causa legittimante il recesso datoriale, per il solo fatto del suo oggettivo realizzarsi, deve però ammet-

tersi che tale meccanicistica applicazione dell'art. 2110 c.c. trova, ora, un limite, nella possibilità che, proprio il protrarsi della malattia, faccia traslare la fattispecie nel cono d'applicazione del d.lgs. n. 216/03, così costringendo il Giudice ad una verifica ben più complessa, rispetto al mero computo dei giorni di assenza, al fine di vagliare la legittimità del licenziamento.

La pronuncia «apripista» in tema di licenziamento del disabile per superamento del periodo di comportamento rivisto alla luce del diritto antidiscriminatorio di matrice comunitaria è, a quanto consta, quella resa dal Tribunale di Milano il 28.10.2016 (in FI, 2017, I, 371) riguardante il licenziamento di un lavoratore invalido civile al 46%, divenuto tale a causa di alcune patologie al rachide che ne avevano, appunto, causato la prolungata assenza dal lavoro. Il Giudice investito della questione, richiamata la giurisprudenza euromunitaria ricordata e riscontrando una situazione disabilità, ha concluso per la discriminatorietà del licenziamento, motivando sia in ordine alla violazione del divieto di discriminazione indiretta sia in ordine al mancato assolvimento dell'obbligo di approntare ragionevoli accomodamenti. Secondo il Tribunale di Milano infatti «sembra che, ai fini della irrogazione di un licenziamento, concepire per un soggetto disabile contraddistinto da una permanente grave patologia, il medesimo periodo di comportamento previsto per un soggetto non afflitto da handicap, contrasti apertamente con i corollari del principio di parità di trattamento per cui situazioni diverse meritano un trattamento differenziato e configuri quella discriminazione indiretta di cui alla Direttiva 2000/78». E ancora: «nel caso di persone portatrici di un particolare handicap [...] il datore di lavoro, al fine di evitare la discriminazione indiretta in caso di licenziamento per superamento del periodo di comportamento, va ritenuto obbligato ad adottare misure adeguate, conformemente ai principi di cui all'art. 5, per ovviare agli svantaggi provocati da tale disposizione (come sottrarre dal calcolo del comportamento i giorni di malattia ascrivibili all'handicap o individuare un ulteriore giustificato motivo di licenziamento)». In altre parole, il Giudice ha individuato nella previsione di un comportamento differenziato, per lavoratori con disabilità e lavoratori senza disabilità, il ragionevole accomodamento necessario e sufficiente ad evitare di incorrere nella discriminazione indiretta vietata (nello stesso senso, T. Mantova, ord. 16.7.2018, in <http://www.studiodirittielavoro.it>). Lo stesso Tribunale di Milano, in altra decisione, ha successivamente affermato che «una interpretazione della norma contrattuale rispettosa dei principi affermati dalla Direttiva 2000/78, dal decreto legislativo 216/03 e dalla sentenza della Corte di Giustizia prima esaminati deve fare escludere dal computo del termine per il comportamento i periodi di assenza che trovino origine diretta nella patologia causa dell'handicap» (T. Milano, 25.2.2020, n. 487, in *dejure.it*; nello stesso senso T. Modena, 11.10.2019, n. 240, in *dejure.it*; C. App. Brescia, 29.10.2019, n. 357, in *dejure.it*; C. App. Roma, 20.11.2020, n. 2589, inedita a quanto consta). Secondo tale lettura delle norme, quindi, il d.lgs. n. 216/03 imporrebbe, più che la previsione di un comportamento differenziato per lavoratori disabili e non disabili, l'esclusione, in radice, dal computo, dei periodi di malattia dovuti alle patologie invalidanti.

Non constano, invece, pronunciamenti specifici della Cassazione (se non sotto il profilo della distinzione tra discriminazione diretta ed indiretta: Cass. 25.07.2019, n. 20204, in *MGC*, 2019).

Si noti che lo spostamento della fattispecie dall'art. 2110 c.c. al d.lgs. n. 216/03 comporta anche una radicale differenza nelle conseguenze sanzionatorie, lato datoriale, e restitutorie, lato lavoratore: laddove, infatti, la conseguenza tipica dell'illegittimità del licenziamento per superamento del periodo di comportamento è la nullità di diritto comune (Cass., 22.7.2019, n. 19661), la discriminatorietà del medesimo comporta la sua nullità, indipendentemente dal numero dei dipendenti occupati dal datore di lavoro, ai sensi dell'art. 18, c. 1, St. lav. *ratione temporis* applicabile, con tutte le conseguenze note tra cui, in particolare, la possibilità del lavoratore di optare, in luogo della reintegra, per l'indennità sostitutiva della medesima.

4. — Anche il Tribunale di Verona, nell'ordinanza in commento, conclude per la natura discriminatoria del recesso datoriale ai sensi dell'art. 15 St. lav., con tutte le conseguenze dell'art. 18, cc. 1-3.

Nel caso di specie, la società convenuta risulta essersi difesa sostenendo, in particolare, di avere applicato sul punto la disciplina stabilita dal Ccnl Agenzie di somministrazione, recepito dalle parti, disciplina che già prevedeva un trattamento differenziato tra lavoratori disabili e non. In favore dei lavoratori portatori di handicap grave ai sensi dell'art. 3, c. 3, l. n. 104/92 (categoria nella quale pacificamente non rientrava il ricorrente), infatti, il Ccnl Agenzie di somministrazione 2014 prevede specifici permessi per cura, del tutto neutri rispetto al periodo di comportamento. Potrebbe quindi ritenersi che la contrattazione collettiva di settore, nel contemperare gli interessi contrapposti sotesi, abbia previsto un rimedio (la possibilità di ricorrere a permessi per cure, non rientranti nel comportamento, per i disabili gravi) idoneo a costituire un ragionevole accomodamento. Il Giudice, invece, ricordando come «il fattore soggettivo dell'handicap non è ricavabile dal diritto interno ma unicamente dal diritto dell'Ue» e ponendo l'accento sulla «assoluta autonomia del concetto di handicap [...] rispetto all'accertamento della condizione di handicap grave di cui alla l. n. 104 del 1992», ha giudicato la clausola del Ccnl «lacunosa», sia perché esclude dal suo ambito di applicazione il disabile non in condizioni di gravità ex art. 3, c. 3, l. n. 104/92, pur sempre disabile secondo il diritto eurounitario, sia perché stabilisce dei permessi per cure, nozione che può non coincidere con quella di malattia.

Nell'accennare, invece, alla clausola sul comportamento, ritenuta non applicabile *ratione temporis*, contenuta nel Ccnl Agenzie di somministrazione 2019, che prevede espressamente l'esclusione dal computo del comportamento delle assenze «per malattie ingravescenti», il Giudice di Verona sembra avere giudicato questa diversa scelta delle parti sociali rispettosa dei vincoli di cui al d.lgs. n. 216/03. Il riferimento al carattere ingravescente della malattia, in effetti, sembrerebbe avvicinarsi alla nozione di durevolezza della menomazione invalidante, secondo la nozione eurounitaria e, soprattutto, discostarsi da una definizione di disabilità rigidamente ancorata alla certificazione di gravità di cui alla l. n. 104/92. L'ordinanza bene evidenzia anche, perciò, la centralità del ruolo delle parti sociali nella concreta promozione della parità di trattamento tra lavoratori con e senza disabilità (sul punto anche C. App. Roma cit.).

Merita, infine, di essere menzionato l'ulteriore argomento di difesa speso dal datore di lavoro convenuto che aveva addotto a sua discolpa l'impossibilità di sapere se le

assenze per malattia fossero determinate da patologie invalidanti: è infatti innegabile che, mentre la copia del certificato medico consultabile dal lavoratore riporta la ragione della malattia prescritta, quella consultabile dal datore di lavoro non la riporta. Anche questo argomento è stato giudicato non accoglibile dal Tribunale di Verona che ha richiamato l'indirizzo della Cassazione, ancora una volta conforme ai consolidati principi affermati dalla Corte di Giustizia sul punto, secondo cui la discriminazione opera obbiettivamente, del tutto a prescindere dalla volontà illecita del datore di lavoro (Cass., 5.4.2016, n. 6575, in RIDL 2016, II, 714, con note di Carinci M.T., Gottardi, Tarquini).

Riferimenti bibliografici

De Mozzi B. (2020), *Sopravvenuta inidoneità alle mansioni, disabilità, licenziamento*, in LDE, n. 2, 1 ss.

Peruzzi M (2020), *Diritto antidiscriminatorio e illegittimità del licenziamento per inidoneità psico-fisica: (ri)costruzione di una fattispecie*, in LDE n. 2, 1 ss.

Barbera M. Guariso A. (2019), *La tutela antidiscriminatoria. Fonti strumenti interpreti*, Giappichelli, Torino.

Bonardi (2018), *L'inidoneità sopravvenuta al lavoro e l'obbligo di adottare soluzioni ragionevoli in una innovativa decisione della Cassazione*, in QG, n. 3.

Gottardi D. (2016), *L'attesa decisione sulla nozione oggettiva di discriminazione, in un caso di annunciata procreazione medicalmente assistita*, in RIDL, II, 729 ss.

Barbera M. (2013), *Il licenziamento alla luce del diritto antidiscriminatorio*, in RGL, I, 139 ss.

Calafà L. (2008), *Disabilità, discriminazione e molestia "associata": il caso Coleman e l'estensione elastica del campo soggettivo di applicazione della dir. 2000/78*, in RCDL, n. 4, 1169 ss.

Gottardi D. (2003), *Dalle discriminazioni di genere alle discriminazioni doppie o sovrapposte: le transizioni*, in DLRI, 447 ss.

Elisa Favè

Avvocata in Verona