

Federico Avanzi

**Il recesso per superamento del “comporto” alla
prova del diritto antidiscriminatorio. La “crisi”
dell’art. 2110 c.c. nell’ordinamento “multilivello”**

**Conversazioni sul lavoro dedicate
a Giuseppe Pera dai suoi allievi**

**Il lavoro oltre l’emergenza sanitaria:
tra principi fondamentali e politica del diritto**

Conversazioni sul lavoro a distanza

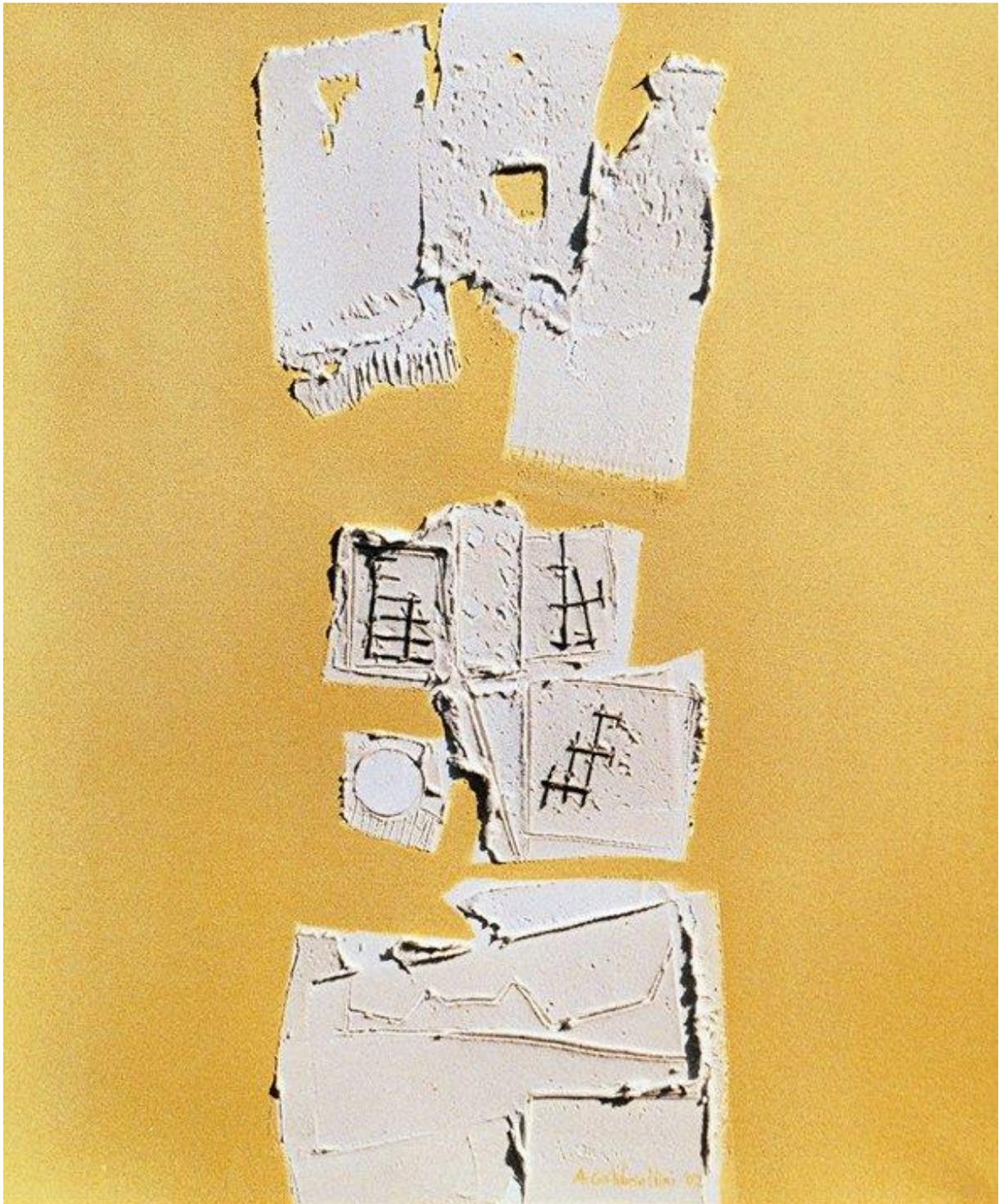
da ottobre 2021 a giugno 2022

promosse e coordinate da **Vincenzo Antonio Poso**

Gruppo delle Conversazioni sul lavoro del Convento di San Cerbone

conversazioni.sancerbone@gmail.com





Andrea Gabbriellini, *Favola*, 2002 (Ciclo Frantumazioni)

Federico Avanzi

Il recesso per superamento del “comporto” alla prova del diritto antidiscriminatorio. La “crisi” dell’art. 2110 c.c. nell’ordinamento “multilivello”

**aggiornato al 10 giugno 2022*

Premessa

Posto che, all’interno della relazione subordinata, non è in discussione che la stabilità contrattuale rappresenti un “valore”¹ rilevante, da intendersi, tanto “esternamente”, come parte essenziale dell’ordinamento², quanto “internamente”, fra i contraenti (datore e lavoratore), nel senso che i limiti posti al potere di recesso correggono un disequilibrio, di fatto, esistente nel sinallagma³, è del pari indubitabile che la regolazione delle potestà estintive datoriali, debba comportare, necessariamente, un - ancorché difficoltoso - contemperamento tra il principio anzidetto (*id est*, la tutela del posto di lavoro) e quello di libertà dell’impresa⁴.

In tal senso, un peculiare esercizio della discrezionalità del legislatore - comunque vincolata a al rispetto dei criteri di eguaglianza e ragionevolezza⁵ - è certamente rappresentato dalla fattispecie del licenziamento per superamento del periodo di “comporto”, che, pur evidenziando affinità strutturali⁶ con il c.d. “giustificato motivo oggettivo”, si caratterizza 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 2⁷.

¹ Non da intendersi in senso assoluto, ma, quantomeno, nella prospettiva del principio di razionale giustificatazza del licenziamento. In tema, Zappalà, *Disciplina del licenziamento e geometrie variabili*, LPO 3-4/2022.

² Tanto che «La tutela di questa tendenziale stabilità, investendo uno dei fondamenti dello Stato e la dignità della persona, coinvolgendo un ampio quadro normativo, ed essendo in tal modo parte essenziale dell’assetto dell’ordinamento, rientra nello spazio dell’ordine pubblico» (Cass., 11 novembre 2002, n. 15822).

³ C. cost., 8 novembre 2018, n. 194, “Considerato in diritto”, *sub* 9.1.

⁴ Biasi, *Liberty e Freedom nel blocco dei licenziamenti collettivi*, in LDE 3-2020, 6.

⁵ C. cost., 1° aprile 2021, n. 59, “Considerato in diritto”, *sub* 9.

⁶ Tanto è vero che in numerose pronunce della Corte di Cassazione si sostiene che «il licenziamento per superamento del periodo di comportamento è assimilabile non già ad un licenziamento disciplinare ma ad un licenziamento per giustificato motivo oggettivo» (Cass., 23 gennaio 2018, n. 1634, “Ragioni della decisione”, *sub* 4 e giurisprudenza *ivi* citata).

⁷ Cass., 4 gennaio 2017, n. 74, “Motivi della decisione”, *sub* 2.1.

Per vero, in siffatta evenienza, il compromesso fra interessi confliggenti, ovvero, sul versante del datore, mantenere alle proprie dipendenze solo chi lavora e produce, opposto, dall'angolazione del prestatore, al disporre di un congruo periodo di tempo per curarsi senza perdere i mezzi di sostentamento e l'occupazione⁸, trova particolare "soluzione" riversando sull'imprenditore, solo parzialmente ed entro un determinato - ma variabile - tempo, il rischio della temporanea impossibilità lavorativa dovuta all'infermità⁹.

Di guisa che, vertendosi di un "potere" radicato su di un fatto - costitutivo - plausibilmente "obbiettivo" ovvero sia l'assenza - tendenzialmente certificata¹⁰ - causa malattia rapportata ai limiti previsti dalla disciplina contrattuale applicata allo specifico rapporto¹¹, la maggior parte del - pur cospicuo - contenzioso instauratosi sulla fattispecie si è sempre concentrato su questioni tecnico-giuridiche di "confine" o, comunque, non certo inerenti alla sostenibilità sistematica della risalente disposizione prevista dal codice civile.

A mero scopo di sintesi ricognitiva e muovendo dai "vincoli" al comportamento in costanza di rapporto, si pensi alla tematica dell'essenzialità - o meno - di preavvisare il lavoratore "in scadenza"¹² ovvero, sugli effetti, in termini di "legittimo affidamento", dell'inerzia del datore una volta superato il limite temporale legittimante il recesso¹³.

Oppure, ancora, rispetto alle valutazioni prodromiche e alla conseguente formalizzazione dell'atto estromissivo, sul problema di indicare puntualmente i singoli giorni di assenza¹⁴ nonché, ancor più rilevante, l'ammissibilità delle mancanze prestazionali da computare¹⁵ o

⁸ Così, Cass., 7 dicembre 2018, n. 31763, "Ragioni della decisione", *sub* 15.

⁹ Da ultimo, Cass., 26 aprile 2022, n. 13063, "Ragioni della decisione", *sub* 4.2 e giurisprudenza ivi richiamata.

¹⁰ Come è noto, non mancano poi controversie su giorni non compresi nella certificazione medica e viceversa. Vedi nota 15.

¹¹ Cass., 23 gennaio 2018, n. 1634, "Ragioni della decisione", *sub* 4 e giurisprudenza ivi richiamata.

¹² Contraria, in mancanza di specifica obbligazione contrattuale, all'esistenza di un dovere di preavvertire il lavoratore dell'approssimarsi del compimento del "comporto", si colloca la giurisprudenza di legittimità prevalente; per tutte, Cass., 11 settembre 2020, 18960. Favorevole invece, nel solco dei principi di "correttezza" e "buona fede" e valutate le particolari circostanze del caso concreto, alcune pronunce di merito; significativa, Trib. S. Maria Capua Vetere, 11 agosto 2019, n. 20012.

¹³ Noto il principio di diritto secondo cui «il requisito della tempestività non può risolversi in un dato cronologico fisso e predeterminato, ma costituisce oggetto di una valutazione di congruità, non sindacabile in cassazione ove adeguatamente motivata, che il giudice di merito deve operare caso per caso, con riferimento all'intero contesto delle circostanze significative. Sarà il lavoratore invece a dover provare che l'intervallo temporale tra il superamento del periodo di comportamento e la comunicazione di recesso ha superato i limiti di adeguatezza e ragionevolezza, sì da far ritenere la sussistenza di una volontà tacita del datore di lavoro di rinunciare alla facoltà di recedere dal rapporto [...] il licenziamento per superamento del periodo di comportamento per malattia, l'interesse del lavoratore alla certezza della vicenda contrattuale va contemperato con quello del datore di lavoro a disporre di un ragionevole *spatium deliberandi*, in cui valutare convenientemente la sequenza di episodi morbosi del lavoratore, ai fini di una prognosi di sostenibilità delle sue assenze in rapporto agli interessi aziendali» (*cfr.* Cass., 11 settembre 2020, n. 18960, "Considerato che", *sub* 10.1).

¹⁴ Interessante, a esempio, il recente approdo di Cass., 16 marzo 2022, n. 8628 che "suddivide" l'obbligo di specificare i singoli giorni dell'assenza, a seconda che si tratti di comparto c.d. "secco" o "per sommatoria".

¹⁵ Note sono talune situazioni di giuridica incertezza qualora si verta di assenze particolarmente lunghe e dove il lavoratore, anche al fine di salvaguardare la propria occupazione, "moduli" la propria condotta tentando di ricorrere

l'interpretazione - talvolta sfuggente - della volontà espressa dall'autonomia collettiva rispetto al periodo massimo di c.d. "comporto", in particolare, qualora non tipizzata contrattualmente, come nella ipotesi - definita in gergo - "per sommatoria"¹⁶.

Per non tralasciare, *ex post*, causa "l'asse cartesiano"¹⁷ delineante l'attuale disciplina a tutela del licenziamento, le criticità emergenti al momento di identificare la tutela da accordare al lavoratore, in caso di giuridicamente accertata illegittimità del recesso¹⁸.

1. Questioni "nuove" nell'ordinamento "multilivello"

1.1 Il diritto antidiscriminatorio di matrice eurounitaria

Diversamente, per quanto attiene alla questione (affrontata nel presente contributo) di criticità ontologica del recesso "tipico" profilato all'art. 2110 c.c., risulta decisamente più contemporanea la "minaccia" proveniente dall'esterno dei perimetri dell'ordinamento statale e, segnatamente, dalla sua appartenenza a un sistema c.d. "multilivello", come quello conformante il diritto dell'Unione Europea.

A ben vedere, se, per un verso, indiscusse sono prospettive e potenzialità di un ordinamento giuridico di "nuovo genere", a favore del quale gli Stati hanno rinunciato, anche se in settori limitati, ai loro poteri sovrani e che riconosce come soggetti, non soltanto gli Stati membri ma anche i loro cittadini, portatori di diritti soggettivi, anche immediati, per altro, notevoli sono invece le complicazioni di una architettura a più "gradi", specialmente nella fase di coordinamento fra diritti positivi plurimi - eurounitario e dei singoli Paesi membri - all'esito di procedimenti giurisdizionali che, ancorché stratificati, devono comunque assicurarne la "traduzione" in diritto effettivo¹⁹.

a ogni istituto disponibile. Non semplici, a esempio, risultano le valutazioni datoriali su periodi di aspettativa e ferie (Cass., 13 gennaio 2017, n. 799), permessi l. 104/1992 (vedi Cass., 17 febbraio 2016, n. 3065) ovvero assenze ingiustificate (come dimostra Cass., 27 luglio 2018, n. 19927).

¹⁶ Basti pensare al fatto che, in assenza di esplicita previsione da parte dell'autonomia collettiva, la valutazione è rimessa a giudizio, di merito, «determinato secondo equità» (*ex multis*, Cass., 22 luglio 2005, n. 15508).

¹⁷ Cester, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, ADL 2012, 554.

¹⁸ Ne è testimonianza l'articolata ricostruzione operata da Cass., sez. un., 22 maggio 2018, n. 12568 rispetto all'art. 18 l. 300/1970 nonché i dubbi interpretativi, che ancora residuano, in riferimento alla l. 604/1966 e al d.lgs. 23/2015.

¹⁹ Per una breve analisi delle criticità rilevate, di recente, in ambito di legislazione sociale e lavoristico, si consenta di rimandare ad Avanzi, *Tensioni giurisdizionali nell'ordinamento "multilivello": il rapporto tra diritto interno e diritto europeo nella giurisprudenza italiana*, Bollettino ADAPT 30-2021.

Tensioni e ambiguità - alimentate, dunque, dal “limite” di affidare all’apparato amministrativo e giudiziario di ciascun Paese membro il compito di portare a esecuzione le sue decisioni²⁰ - certamente presenti anche nella - corretta - applicazione di uno degli “strumenti” fra i più “frutti” e incisivi a livello dell’Unione ossia il c.d. diritto antidiscriminatorio²¹.

Invero, oltre a rappresentare elemento fondante la nozione di “Stato di diritto”²², della sua centralità è possibile avere contezza, anche solo muovendo dall’inquadramento del medesimo all’interno dei Trattati (segnatamente, artt. 9²³, 10 e 19 TFUE) e dal quale emerge la sua natura “orizzontale” di principio generale²⁴, quale obiettivo trasversale perseguito dall’Unione²⁵.

Una rilevanza metagiuridica che, nella tematica in oggetto, trova specifica declinazione all’interno della direttiva 2000/78/CE, la quale, come noto, «mira a stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate sulla religione o le convinzioni personali, gli handicap, l’età o le tendenze sessuali, per quanto concerne l’occupazione e le condizioni di lavoro al fine di rendere effettivo negli Stati membri il principio della parità di trattamento.» (art. 1).

Ebbene, a tal riguardo, una prima e per certi versi sorprendente osservazione da porre è che, nonostante il diritto eurounitario si attesti, volontariamente²⁶, al di fuori²⁷ o comunque ai margini²⁸ delle attribuzioni in materia di licenziamento del lavoratore dipendente, nel peculiare contesto del recesso *ex art.* 2110 c.c. invece, proprio mediante il diritto antidiscriminatorio e in ragione della sua *vis* espansiva, limitante i poteri datoriali, anche e soprattutto oltre le estremità segnate dalle norme inderogabili di legge²⁹, la disciplina unionale sembra in grado di esprimersi, in termini di “effetti”, in modo dirompente, se si considera, a esempio, che per il

²⁰ Palladino, Festa, *Il primato del diritto dell’Unione europea nei dissi logoi tra la Corte di giustizia e le Alte Corti ungherese, polacca e rumena. Questioni sullo Stato di diritto*, Eurojus 2-2022, p. 51.

²¹ Per una disamina ragionata e complessiva, Barbera, Borelli, *Principio di eguaglianza e divieti di discriminazione*, WP D’Antona 451-2022.

²² Palladino, Festa, *Il primato del diritto dell’Unione europea nei dissi logoi tra la Corte di giustizia e le Alte Corti ungherese, polacca e rumena. Questioni sullo Stato di diritto*, cit., p. 49.

²³ In effetti, con l’espressione «garanzia di un’adeguata protezione sociale», l’articolo 9 sembra aprire un collegamento con il successivo articolo 10, il quale, specificatamente, si pone l’obiettivo di «combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l’origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l’età o l’orientamento sessuale».

²⁴ C. giust., 22 novembre 2005, causa C-144/04, 74-75.

²⁵ C. giust., 8 dicembre 2020, causa C-620/18, 41.

²⁶ Sul punto, rispetto ai licenziamenti c.d. “collettivi”, preme evidenziare il rigetto della proposta della Commissione, in sede di modifica della Direttiva 75/129/CEE, volta a introdurre come misura sanzionatoria a favore dei singoli lavoratori, quella dell’annullamento del recesso (*cfr.* M. Biasi e G. Gaudio, *La “missione di civiltà” del diritto sociale europeo ed il nuovo assetto dei licenziamenti collettivi in Italia: rileggendo Mario Grandi*, in *Var. temi dir. lav.*, 2021, 7).

²⁷ Sull’attuale “incompetenza” in materia di licenziamenti individuali, C. cost., 8 novembre 2018, n. 194, “Considerato in diritto”, *sub* 8.

²⁸ Mentre sullo specifico obiettivo perseguito dall’Unione in ambito di licenziamenti collettivi, C. giust., 17 marzo 2021, causa C-652/19, annotata dallo scrivente in LPO 7-8 2021, *La disciplina del licenziamento collettivo (illegittimo), nel diritto eurounitario*.

²⁹ Barbera, Borelli, *Principio di eguaglianza e divieti di discriminazione* cit., p. 5.

tramite della - accertata giudizialmente - discriminazione, passa anche, senza condizioni³⁰, la tutela massima della “reintegrazione” nel posto di lavoro.

1.2 L’origine del “problema”: la sentenza *Ruiz Conejero*

Ora, limitandosi all’essenziale, se dovessimo individuare l’origine del “problema”, o meglio, l’eziologia giuridica fra diritto antidiscriminatorio UE e la “crisi” - qui sostenuta - dell’art. 2110 c.c., non può che farsi riferimento alla sentenza della Corte di Giustizia nel caso *Ruiz Conejero*³¹, la quale, espandendo il principio già in parte affiorato nella vicenda *HK Danmark*³² e pronunciandosi su di una disposizione del diritto spagnolo per certi aspetti commisurabile a quella contenuta nel codice civile, pur negando che la stessa, applicandosi in modo identico alle persone disabili e non, «introduca una disparità di trattamento direttamente basata sulla disabilità, ai sensi del combinato disposto dell’articolo 1 e dell’articolo 2, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2000/78, dal momento che essa si fonda su un criterio che non è indissolubilmente legato alla disabilità»³³, riteneva invece «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».

Di guisa che, constatando «che un lavoratore disabile è, in linea di principio, maggiormente esposto al rischio di vedersi applicare [il licenziamento, poiché] rispetto a un lavoratore non disabile, un lavoratore 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

³⁰ Infatti, a legislazione vigente, indipendentemente dalle dimensioni aziendali e dalla data di assunzione, al licenziamento discriminatorio conseguirà, comunque, la tutela c.d. “reale piena” (art. 18 c. 1 l. 300/1970; art. 2 d.lgs. 23/2015).

³¹ C. Giust., 18 gennaio 2018, causa C-270/16.

³² Infatti, la Corte di Giustizia, pur non vertendo direttamente dell’atto di licenziamento, bensì dei profili discriminatori derivanti dall’applicazione di un periodo di preavviso “ridotto”, nella sentenza del 11 aprile 2013, cause riunite C-335/11 e C-337/11, già poneva in evidenza che «un lavoratore disabile è maggiormente esposto al rischio di vedersi applicare il periodo di preavviso ridotto di cui all’articolo 5, paragrafo 2, della FL rispetto ad un lavoratore non disabile. Infatti, come l’avvocato generale ha rilevato al paragrafo 67 delle sue conclusioni, 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’articolo 5, paragrafo 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» (76).

³³ *Ibidem*, 37.

indirettamente basata sulla disabilità ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera b), della direttiva 2000/78»³⁴.

1.3 Portata ed effetti della pronuncia

Orbene, posticipando (§ 1.5) l'analisi delle “via di fuga” contenuta in pronuncia³⁵, anche in ragione della loro - a parere di chi scrive - non perfetta fungibilità rispetto a una eventuale “giustificatezza” della norma interna, l'incidenza giuridica sull'art. 2110 c.c. del dispositivo della sentenza, secondo cui «L'articolo 2, paragrafo 2, lettera b), i), della direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000 [...] osta a una normativa nazionale in base alla quale un datore di lavoro può licenziare un lavoratore in ragione di assenze intermittenti dal lavoro, sebbene giustificate, nella situazione in cui tali assenze sono dovute a malattie imputabili alla disabilità di cui soffre il lavoratore», non può certo ritenersi alla stregua di una mera “suggerzione” ovvero «priva di ancoraggio normativo»³⁶.

Al contrario, escluso il residuo di margini sufficienti per (ri)discutere il primato del diritto dell'Unione³⁷, del pari non può sostenersi una sorta di *self-restraint* della pronuncia dell'Alta Corte di Lussemburgo, solo per il fatto che lo specifico ricorso pregiudiziale *ex art. 267* TFUE non riguardasse, direttamente, l'art. 2110 c.c. o una determinata contrattazione collettiva a cui esso rimanda.

Per vero, nel “maneggiare” il cristallino principio stabilito nella *Ruiz Conejero*, occorre, in primo luogo, riflettere nella giusta prospettiva ovverosia quella dell'interpretazione del diritto dell'Unione (e non quella “interno”, del singolo Stato membro), di cui la Corte di Giustizia ha la competenza esclusiva³⁸.

Pertinenza esercitata chiarendo e precisando il significato e la portata stessa dei precetti (in specie, dell'applicazione del principio di parità nei riguardi dei lavoratori disabili) fin dal momento della loro vigenza³⁹ e che, dunque, in forza di un siffatto sistema di diritto, attribuisce alla propria attività giurisdizionale (sentenze e ordinanze) carattere vincolante e il «valore di ulteriore fonte [c.d. “derivata”] del diritto della Unione Europea, non nel senso che esse creino

³⁴ *Ibidem*, 38-39.

³⁵ Nel senso della normativamente prevista possibilità che una c.d. “finalità legittima”, se proporzionata, possa giustificare la rilevata discriminazione “indiretta”.

³⁶ In questi termini si era espresso il Tribunale di Parma, 17 agosto 2018, R.G. 109/2017.

³⁷ Così, senza più “mediazioni” espressive, anche la C. Cost., 16 marzo 2022, n. 67, “Considerato in diritto”, *sub* 11.

³⁸ *Ibidem*, *sub* 10.2.

³⁹ Su finalità e “decorrenza” dell'attività interpretativa, C. Giust., 23 aprile 2021, causa C-585/19, 78-79 e giurisprudenza *ivi* citata.

ex novo norme comunitarie, bensì in quanto ne indicano il significato ed i limiti di applicazione, con efficacia *erga omnes* nell'ambito dell'Unione»⁴⁰.

In sostanza, anche nel valutare eventuali criticità intrinseche dell'art. 2110 c.c., non potrà prescindersi dal fatto che «Le sentenze interpretative della Corte di giustizia sono notoriamente accreditate di efficacia normativa e spiegano i propri effetti anche rispetto a qualsiasi altro caso che debba essere deciso in applicazione della medesima disposizione di diritto»⁴¹.

1.4 Nozione di “handicap” e malattia

Sicché, tentando anche di prevenire talune argomentazioni adoperate dalla nostra giurisprudenza di merito (analizzata in seguito, § 2), è altresì opportuno rilevare come, nella scia della linea interpretativa promossa dalla Corte di Giustizia⁴² in materia, pur riscontrando una certa tendenza evolutiva⁴³, non siano in realtà rinvenibili tracce di contraddizioni “interne”, quantomeno relativamente ai nodi centrali della questione.

A cominciare dal fatto che nessun “equivoco”⁴⁴ fra la nozione di “*handicap*” (quale fattore di rischio protetto) e “malattia” può essere imputata alla Corte, avendo la medesima chiarito, da un lato, come «La direttiva 2000/78 non contiene alcuna indicazione che lasci intendere che i lavoratori sono tutelati in base al divieto di discriminazione fondata sull'*handicap* appena si manifesta una qualsunque malattia»⁴⁵, ma anche, dall'altro, «che, se una malattia, curabile o incurabile, comporta una limitazione, risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche, che, in interazione con barriere di diversa natura, può ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori e se tale limitazione è di lunga durata[,] può ricadere nella nozione di “handicap”»⁴⁶.

Invero, come è noto, il concetto di disabilità fatto proprio dalla direttiva e mutuato dalla Convenzione di *New York*⁴⁷ - ratificata con decisione 2010/48/CE del Consiglio dell'Unione

⁴⁰ Sul riconoscimento degli effetti dell'attività svolta dalla Corte di Giustizia, anche da parte della nostra giurisprudenza, Cass., 22 maggio 2020, n. 9491, “Rilevato che”, *sub.* 3.5.

⁴¹ Greco, *Nuove regole di applicazione del diritto UE in sede nazionale?* Eurojus 1-2022, p. 206.

⁴² A partire dalla sentenza *Chacón Navas*, 11 luglio 2006, causa C-13/05, passando per la *HK Danmark*, 11 aprile 2013, cause riunite C-335/11 e C-337/11, fino ad arrivare alla già citata *Ruiz Conejero*.

⁴³ Aspetto che rivela un certo grado di coerenza “interna”, se si considera che la stessa Convenzione ONU, “assorbita” dalla Direttiva UE, riconosce «che la disabilità è un concetto in evoluzione» (*cf.* “Considerando” e)).

⁴⁴ Rispetto alla tassatività delle fattispecie tutelate dal diritto antidiscriminatorio.

⁴⁵ C. Giust., 11 luglio 2006 cit., 46.

⁴⁶ C. Giust., 11 aprile 2013 cit., 41.

⁴⁷ Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, 13 dicembre 2006.

europea - esprime un “modello bio-psicosociale della disabilità”⁴⁸, il quale prescinde, in modo “palindromo”⁴⁹, da qualsivoglia atto formale di riconoscimento⁵⁰, essendo al contrario fondato sull’accertamento, in concreto e a opera, nei fatti, dell’autorità giudiziaria⁵¹, di una “limitazione” affliggente la persona, 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 lavoratori»⁵².

1.5 Discriminazione “indiretta” e l’esimente della finalità legittima

Ora, concludendo la disamina sulla genesi della “tensione fra diritti”, occorre anche rimarcare che, nella sentenza del 18 gennaio 2018, i Giudici del Lussemburgo, negato, come già detto, che la disposizione contenuta nello Statuto dei lavoratori iberico potesse configurare ipotesi di discriminazione “diretta” (art. 2, c. 1. a) Dir. 2000/78/CE), in quanto fondata “su un criterio che non è indissolubilmente legato alla disabilità”⁵³, ritenevano invece che un simile “meccanismo” comportasse, senza margini di apprezzamento differente, una disparità di trattamento, indirettamente basata sulla disabilità⁵⁴.

Ed è proprio in ragione dell’incontroso sussistere della fattispecie discriminatoria “minore” che, in corso di procedimento, il Governo Spagnolo propugnava l’esimente (una delle due previste) della “finalità legittima”⁵⁵, sostenendo che «nella prospettiva di aumentare la

⁴⁸ In tema, si rimanda a De Falco, *Disabilità e lavoro non subordinato: una questione di accessibilità*, LDE 3-2021.

⁴⁹ Infatti, per un verso, la sentenza di “condanna” dell’Italia del 4 luglio 2013, causa C-312/11, dimostra ampiamente come sia precluso agli Stati membri circoscrivere in modo formalistico, seppur mediante discipline di fonte legale, i soggetti includibili e, dunque, meritevoli di protezione. Per altro e all’opposto, nella sentenza *Ruiz Conejero*, che il riconoscimento come persona disabile secondo il diritto nazionale, non comporta, a priori, che egli sia affetto da una disabilità ai sensi la direttiva 2000/78 (punto 32).

⁵⁰ Come efficacemente osservato da Trib. Milano, 12 giugno 2019, n. 4139, «alla condizione di invalidità/disabilità deve riconoscersi una rilevanza obiettiva, per il sol fatto della ricorrenza di un’effettiva minorazione fisica e indipendentemente dal riconoscimento formale che della stessa i competenti Enti Previdenziali ne abbiano dato, pena la frustrazione *in nuce* delle tutele di legge. D’altronde, assoggettare l’applicazione delle tutele riservate ai soggetti portatori di questo specifico fattore di rischio alla ricorrenza, o all’adempimento, di formalità di qualsivoglia natura significherebbe creare un vulnus oltremodo severo allo statuto di protezione previsto dall’ordinamento, frustrandone *ratio* ed efficacia».

⁵¹ Addis, *La Corte di giustizia dell’Unione europea, le assenze dal luogo di lavoro e la discriminazione connessa alla disabilità*, DPCE online 2-2018, 452.

⁵² C. Giust., 18 marzo 2014, causa C-363/12, 80.

⁵³ C. Giust., 18 gennaio 2018 cit., 37.

⁵⁴ *Ibidem*, in particolare 38-39.

⁵⁵ Art. 2 Direttiva 2000/78/CE: «1. Ai fini della presente direttiva, per “principio della parità di trattamento” si intende l’assenza di qualsiasi discriminazione diretta o indiretta basata su uno dei motivi di cui all’articolo 1. 2. Ai fini del paragrafo 1: [...] b) sussiste discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere in una posizione di particolare svantaggio le persone che professano una determinata religione o ideologia di altra natura, le persone portatrici di un particolare handicap, le persone di una particolare età o di una particolare tendenza sessuale, rispetto ad altre persone, a meno che: i)

produttività e l'efficienza del lavoro, l'assenteismo sul lavoro, che si manifesta con congedi di malattia intermittenti di breve durata, è considerato da lungo tempo dal legislatore spagnolo come causa di estinzione del rapporto di lavoro, al fine di evitare un indebito aumento del costo del lavoro per le imprese»⁵⁶.

Tuttavia, è proprio qui, al momento delle possibili “giustificazioni”, che sembra interrompersi il parallelo fra la sentenza *Ruiz Conejero* e l'art. 2110 c.c., quantomeno per tre, connessi, ordini di ragioni.

Una prima, inerente al fatto che, nel caso spagnolo, la legittimità⁵⁷ - da verificare circa appropriatezza e necessità dei “mezzi”⁵⁸ - della “lotta all'assenteismo” passava attraverso un immediato livello di coerenza e sostenibilità (logico-giuridica) della disposizione, avvertita dall'Alta Corte nella sua particolare struttura normativa, atta a stigmatizzare, non le malattie in generale, ma il particolare fenomeno delle morbosità “intermittenti” di breve durata, fattispecie visibilmente dissimile e non certo riconducibile alla regolazione “universale” di cui si occupa, invece, l'art. 2110 c.c..

Una seconda, inerente alla peculiarità del precetto codicistico, il quale, a differenza della normativa oggetto di rinvio pregiudiziale, soffre la mancanza di “autonomia” nella compiuta regolazione dell'atto di recesso, dovendo il medesimo essere integrato, necessariamente, da specifica autonomia contrattuale collettiva e alla quale, evidentemente, anche considerata la sua frammentazione in termini di disciplina, non è del pari ascrivibile l'obbiettivo di contrastare l'anzidetto - e del tutto caratteristico - fenomeno patologico.

Da ultimo e ancor più rilevante, che ragionare e interrogarsi, per supposizioni, sull'ampio margine discrezionale - tra “mezzi” e “finalità” - di cui gode ciascun legislatore per “disinnescare” l'ipotesi d'illegittima⁵⁹ discriminazione, potrebbe rivelarsi esercizio giuridicamente maldestro oltreché privo di qualsivoglia incidenza, essendo gli “obbiettivi” sottesi alla norma, questione di attinenza esclusiva, anche in termini probatori⁶⁰, del singolo

tale disposizione, tale criterio o tale prassi siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari:[...]».

⁵⁶ C. Giust., 18 gennaio 2018 cit., 41.

⁵⁷ C. Giust., 18 gennaio 2018 cit., 44.

⁵⁸ *Ibidem*, 45-50.

⁵⁹ Nel senso che, nella sostanza, l'eventuale adeguatezza della “finalità legittima” non cancella affatto la discriminazione, che, anche in termini di accertamento, resta pregiudiziale alla medesima. Infatti, il perseguimento di un legittimo obbiettivo realizza, esclusivamente, una delle c.d. “giustificazioni generali” ammesse dal diritto dell'Unione.

⁶⁰ Sul “soggetto” onerato della prova, C. giust., 24 febbraio 2022, causa C-389/20, 48-52.

Stato membro e, di conseguenza, nel caso dell'art. 2110 c.c., ove fosse investito da pregiudizialità, della Repubblica Italiana⁶¹.

2. La discorde “postura” della giurisprudenza di merito

2.1 La sussistenza del problema e le “soluzioni ragionevoli”

Tanto è vero che, anche dall'analisi della già nutrita schiera dei pronunciamenti di merito⁶², salvo qualche osservazione del tutto incidentale, i raggiunti e tutt'altro che “armonici” approdi si innestano, essenzialmente, nel solco della seconda fattispecie esimente la “indiretta” disparità ovvero che «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» (art. 2, c. 1. *b*) - *ii*) Dir. 2000/78/CE).

In sostanza, oltre a riconoscere la sussistenza del problema - ossia, per dirla con le parole della Corte d'Appello di Genova, «se costituisca discriminazione indiretta *ex art. 2 lett. b*) del cit. D.lgs. n. 216 del 2003⁶³ - che si verifica quando una disposizione (in questo caso la clausola del contratto collettivo sulla durata del periodo di comporto), apparentemente neutra, cagiona ad un soggetto “debole” (nel nostro caso un portatore di handicap) una situazione di svantaggio rispetto agli altri lavoratori che non hanno una simile fragilità - la previsione di un trattamento indifferenziato tra i lavoratori abili e i disabili che si assentano dal lavoro per malattie collegate al loro stato di disabilità, come nella fattispecie in esame⁶⁴ -, i giudici di prima e seconda istanza sembrano perlopiù confrontarsi sul “campo” delle c.d. “soluzioni ragionevoli”⁶⁵.

⁶¹ Emblematica, sulla difficoltà a prevedere le possibili finalità “opponibili” innanzi alla Corte di Giustizia e proprio riguardo al nostro Paese, è la vicenda *Abercrombie & Fitch*, causa C-143/2016, decisa il 19 luglio 2017.

⁶² In particolare, qualificanti come “discriminatorio” il licenziamento irrogato conteggiando le assenze causate da stati morbosi connessi alla disabilità, Trib. Milano, 2 maggio 2022, n. 356, App. Genova, 21 luglio 2021, n. 211, Trib. Firenze, 19 marzo 2020, n. 150, Trib. Milano, 12 giugno 2019, n. 4139 e Trib. Mantova, 16 luglio 2018, n. 1060. Di segno contrario, Trib. Bologna, 19 maggio 2022, n. 230, Trib. Vicenza, 27 aprile 2022, n. 181, Trib. Rovereto, 8 marzo 2022, n. 16, Trib. Venezia, 7 dicembre 2021, n. 6273 e App. Torino, 3 novembre 2021, n. 604.

⁶³ Disposizione nazionale di “recepimento”.

⁶⁴ App. Genova, 21 luglio 2021 cit., p. 11.

⁶⁵ Direttiva 78/2000/CE art. 5: «Per garantire il rispetto del principio della parità di trattamento dei disabili, sono previste soluzioni ragionevoli. Ciò significa che il datore di lavoro prende 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 soluzione non è sproporzionata allorché l'onere è compensato in modo sufficiente da misure esistenti nel quadro della politica dello Stato membro a favore dei disabili».

Anche perché, tanto nella normativa eurounitaria⁶⁶, arricchita dei correlati “considerando”⁶⁷, quanto nella sua trasposizione interna⁶⁸, la definizione di “ragionevole accomodamento”, «nozione a contenuto variabile [...] che ha come caratteristica strutturale proprio l’indeterminatezza»⁶⁹, ben si è prestata a controversie incentrate sui processi di interpretazioni/concretizzazione⁷⁰, tipici delle c.d. “clausole generali” e che, in specie, vertono sul «profilo di azione, in positivo, volto alla ricerca di misure organizzative ragionevoli idonee a consentire lo svolgimento di un’attività lavorativa, altrimenti preclusa, a persona con disabilità»⁷¹.

2.2 Le pronunce di “accoglimento” e “reintegrazione”

2.2.1 Il ragionamento a favore della “espunzione”

Ed è proprio nella prospettiva di valutare se il datore, in epoca precedente⁷² al licenziamento, abbia ottemperato all’obbligo di *facere* anzidetto, che una parte della magistratura fa proprie le «importanti linee guida»⁷³ della *Ruiz Conejero*, sussumendo all’interno dei comportamenti

⁶⁶ A esempio, nella Sentenza *HK Danmark* la riduzione dell’orario di lavoro del prestatore disabile è stata ricondotta alla nozione di “soluzione ragionevole”. Del pari e più di recente, nella pronuncia del 10 febbraio 2022, causa C-485/20, la Corte di Giustizia ha ricompreso, fra le misure di adattamento non sproporzionate, anche il c.d. obbligo di *repêchage*.

⁶⁷ In particolare, i “Considerando” 20 e 21.

⁶⁸ Art. 3 c. 3-*bis* d.lgs. 216/2003: «Al fine di garantire il rispetto del principio della parità di trattamento delle persone con disabilità, i datori di lavoro pubblici e privati sono tenuti a adottare accomodamenti ragionevoli, come definiti dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, ratificata ai sensi della legge 3 marzo 2009, n. 18, nei luoghi di lavoro, per garantire alle persone con disabilità la piena eguaglianza con gli altri lavoratori. I datori di lavoro pubblici devono provvedere all’attuazione del presente comma senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica e con le risorse umane, finanziarie e strumentali disponibili a legislazione vigente».

⁶⁹ Per profondità della disamina, Cass., 9 marzo 2021, n. 6497, “Ragioni della decisione”, *sub* 5.1.

⁷⁰ Rosselli, *Clausole generali e nomofilachia*, Corte di Cassazione, Incontro di studio del 10 ottobre 2013, p. 4.

⁷¹ Cass., 9 marzo 2021 cit., “Ragioni della decisione”, *sub* 6.

⁷² Infatti, la giurisprudenza di Lussemburgo è chiara nell’affermare che, per “sanare” la disparità, le soluzioni debbano essere precedenti: «Alla luce delle suesposte considerazioni, occorre rispondere alle questioni dalla seconda alla quarta dichiarando che l’articolo 2, paragrafo 2, lettera b), ii), della direttiva 2000/78 deve essere interpretato nel senso che il licenziamento per «ragioni oggettive» di un lavoratore disabile per il motivo che lo stesso soddisfa i criteri di selezione presi in considerazione per determinare le persone da licenziare vale a dire una produttività inferiore a un livello determinato, una minore polivalenza nei posti di lavoro dell’impresa nonché un tasso di assenteismo elevato costituisce una discriminazione indiretta fondata sulla disabilità, ai sensi di tale disposizione, a meno che il datore di lavoro non abbia previamente messo in atto, nei confronti di tale lavoratore, soluzioni ragionevoli, ai sensi dell’articolo 5 della suddetta direttiva, al fine di garantire il rispetto del principio della parità di trattamento dei disabili, circostanza che spetta al giudice nazionale verificare» (C. giust., 11 settembre 2019, causa C-397/18, 75).

⁷³ Così, App. Genova, 21 luglio 2021 cit., p. 13.

idonei a evitare la discriminazione «la non computabilità nel periodo di comporto delle assenze dovute alla malattia che ha cagionato la disabilità»⁷⁴.

Peraltro, nel caso sottoposto al vaglio del collegio genovese, non mancando di affrontare il “limite” rappresentato dell’«onere finanziario sproporzionato»; al contrario, analizzando, in concreto, la particolare combinazione normativa/contrattuale applicabile alla controversia e, in particolare, evidenziandone, oltre un certo periodo, l’azzeramento degli oneri economici posti a carico del titolare del contratto⁷⁵, i giudici del gravame concludevano «che nella fattispecie concreta l’esclusione dal computo del periodo di comporto dei giorni di assenza per malattie connesse allo stato di *handicap* dei lavoratori non costituisca un carico eccessivo per il datore di lavoro che ha a disposizione tutta una serie di misure e sostegni per poterlo sopportare»⁷⁶.

In aggiunta, non è trascurabile o priva di rilievo neppure l’ulteriore critica⁷⁷ - estendibile alla maggioranza dei C.C.N.L. attualmente vigenti - mossa ancora dalla Corte ligure, la quale, bollando come “indirettamente” discriminatoria la disciplina approntata dalle parti sociali e disponendo, dunque, a favore del lavoratore-disabile, la “reintegrazione” *ex c.* 1 art. 18 l. 300/1970, evidenziava i profili d’irragionevolezza caratterizzanti la scelta “sindacale” di escludere dal computo le assenze, solo per i soggetti affetti da sclerosi multipla e non anche, giustappunto, per le malattie connesse allo stato di *handicap*.

2.2.2 Brevi osservazioni di “metodo”

⁷⁴ Trib. Mantova, 16 luglio 2018 cit., p. 7.

⁷⁵ «La L. n. 68 del 1999, [...] contempla una articolata disciplina relativa all'avviamento al lavoro del disabile, attribuendo al datore di lavoro - oltre a una serie di benefici economici tra cui gli incentivi alle assunzioni previsti dall'art. 13 - la facoltà di richiedere, in caso di aggravamento delle patologie, l'accertamento della compatibilità delle mansioni affidate con il suo stato di salute, e ciò al fine di verificare se possa continuare ad essere proficuamente utilizzato all'interno dell'azienda (art. 10); non solo, tale norma prevede che, in caso di accertata incompatibilità, il datore di lavoro possa sospendere il lavoratore senza retribuzione per tutto il tempo in cui tale incompatibilità persista. A ciò va aggiunto che l'art. 62 del CCNL ANASTE, nel disciplinare il trattamento economico del lavoratore assente per malattia prevede regole ben precise che contengono l'onere economico in capo all'azienda entro determinati limiti temporali, superati i quali il lavoratore malato conserva soltanto il diritto al mantenimento nel posto di lavoro senza retribuzione.

Va poi considerato che nel nostro ordinamento è prevista un'indennità previdenziale di malattia a carico di INPS che, nel settore del terziario e dei servizi copre i giorni di assenza giustificati dai certificati di malattia per un periodo massimo di 180 giorni all'anno.

Trattasi di una copertura particolarmente significativa che va dunque ben oltre il limitato periodo di 120 giorni nell'ultimo triennio precedente all'ultimo evento morboso previsto dall'art. 63 CCNL ANASTE quale limite per la conservazione del posto di lavoro [...]» (App. Genova, 21 luglio 2021 cit., p. 16).

⁷⁶ *Ibidem*, p. 17.

⁷⁷ *Ibidem*.

Ragionando sul percorso e sull'esito raggiunto da questa fronda giurisprudenziale, sembrano opportune brevi osservazioni sul "metodo" utilizzato e in particolare sull'adeguatezza rispetto ai vincoli di derivazione europea.

Invero, dapprima, che non è possibile trascendere dai principi di "conformazione" ed "effettività" (artt. 4 e 19 TUE) a cui risulta astretta l'azione giurisdizionale della magistratura nazionale, la quale, come noto, al netto del rinvio pregiudiziale, non potrà che tendere verso due "traguardi": l'applicazione conforme della norma oppure, qualora impossibile, la sua disapplicazione.

Detto che, nella prima ipotesi, all'esegesi condotta resta precluso di varcare le estremità dell'interpretazione *contra legem*⁷⁸, mentre, nella seconda, il "risultato" ottenuto permane, comunque, di livello "minimo", non essendo di per sé sufficiente ad assicurare la piena applicazione della normativa e creando, anzi, profili di notevole ambiguità giuridica⁷⁹, ad avviso di chi scrive, la tecnica perorata della "espunzione" sembra, sostanzialmente, compatibile con entrambe.

Anche perché, è d'uopo rammentarlo, una simile soluzione si affiancherebbe ad altra interpretazione, "adattiva" e *favor prestatoris*, già "vivente" nell'ordinamento e per la quale non risultano computabili, comunque, le assenze, per malattia e/o infortunio, di matrice professionale, se riconducibili a responsabilità datoriali *ex art. 2087 c.c.*⁸⁰.

2.3 Le pronunce di "rigetto"

2.3.1 Ricostruzioni inconferenti

A ogni modo, come anticipato, certo non sono mancati orientamenti giurisprudenziali di segno contrario, nel senso di ritenere perfettamente conforme ai canoni di legge, il recesso esercitato nei confronti del lavoratore disabile "lungodegente", anche qualora quota parte della morbilità sia addebitabile alla sua condizione - *ex lege* protetta - di *handicap*.

Tuttavia, anche facendo leva su quanto sinora detto (in particolare, § 1.3, 1.4 e 1.5), nel tirare le fila dei ragionamenti percorsi dai giudici comuni, occorre in primo luogo enucleare ciò che

⁷⁸ Così anche C. giust., 12 maggio 2022, causa C-426/20, 57 e giurisprudenza ivi richiamata.

⁷⁹ De Luca, *Contratto di lavoro subordinato nel diritto dell'Unione europea*, Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi, 31 gennaio 2022, p. 13.

⁸⁰ Da ultima e per tutte, Cass., 4 marzo 2022, n. 7247.

delle “contestualizzazioni”⁸¹ operate, sembra del tutto inconferente rispetto alle - comunque non semplici - questioni di diritto qui in discussione.

A esempio, una delle ricorrenti premesse⁸² al ragionamento che conduce alla negazione del dovere datoriale di “espunzione”, è quella secondo cui, in tal modo, verrebbe meno l’equilibrio contemperante i contrapposti interessi, previsto, non soltanto dal legislatore interno mediante l’art. 2110 c.c., ma anche dalla stessa direttiva, al “considerando” 17, la quale, in effetti, «non prescrive [...] il mantenimento dell’occupazione [...] di un individuo non competente, non capace o non disponibile ad effettuare le funzioni essenziali del lavoro in questione [...]».

Ma, a bene vedere, il riferimento non sembra particolarmente pertinente alla *quaestio* in esame, da un lato, perché il passaggio normativo (privo, comunque, di efficacia precettiva “diretta”) sembra più riconducibile alla differente fattispecie della “totale” - e permanente - sopravvenuta impossibilità della prestazione (art. 1463 c.c.), la quale configura, come noto, una tipologia del tutto autonoma di recesso o di risoluzione giudiziaria del rapporto⁸³, dall’altro, perché è lo stesso “Considerando” a suggerire la “specialità” di tutela accordata al lavoratore affetto da *handicap*, prevedendo, in chiusura, «, fermo restando l’obbligo di prevedere una soluzione appropriata per i disabili».

Del pari, normativamente privo di consistenza si presenta anche il cospicuo filone argomentativo fondato sulla “maggior estensione” del periodo di comportamento fissato dalla contrattazione collettiva.

Per vero, “rovesciare” le osservazioni della Corte d’Appello di Genova e ritenere “appropriato” «il CCNL [che] prevede un rilevante periodo di comportamento [...], ed espunge dal calcolo [solo] i ricoveri ospedalieri e le visite mediche determinate da patologie gravi che richiedono terapia salvavita o temporaneamente invalidanti»⁸⁴, non sembra affatto rispondere alla specifica mancanza “di parità” riscontrata dalla Corte del Lussemburgo e consistente nel fatto «che un lavoratore disabile è, in linea di principio, maggiormente esposto al rischio di vedersi applicare [il licenziamento, poiché] rispetto a un lavoratore non disabile, un lavoratore

⁸¹ Proprio in questi termini si è espresso il Tribunale Vicentino: «Ma i principi espressi dalla Corte di Giustizia devono essere contestualizzati, tenuto conto dei profili fattuali peculiari delle fattispecie poste al suo esame, nonché

del margine più o meno ampio di apprezzamento lasciato agli Stati membri nel raggiungimento dello scopo della direttiva, e nella definizione delle misure atte a realizzarlo» (*cf.* Trib. Vicenza, 27 aprile 2022 cit., p. 8)

⁸² Presenti in Trib. Bologna, 19 maggio 2022 cit. p. 5, Trib. Vicenza, 27 aprile 2022 cit., p. 10 e App. Torino, 3 novembre 2021 cit., p. 10.

⁸³ Sul punto, particolarmente esplicita C. Cost., 23 dicembre 1998, n. 420, “Considerato in diritto”, *sub* 3.

⁸⁴ Trib. Vicenza, 27 aprile 2022 cit., p. 11.

disabile è esposto al rischio ulteriore di assenze dovute a una malattia collegata alla sua disabilità»⁸⁵.

In questo senso, assumendo che, per ragioni di logica giuridica, le “soluzioni ragionevoli” eventualmente adottate devono, in certa misura, rispondere e attenuare il particolare trattamento individuato come discriminatorio⁸⁶, prive di pregio o, comunque, oltremodo generiche⁸⁷ si mostrano le controdeduzioni che poggiano sulle «numerose [altre] cautele che assistono il rapporto di lavoro dei soggetti disabili e che ne favoriscono l’inserimento lavorativo in un’ottica solidaristica»⁸⁸; come, allo stesso modo, sfuggenti al confronto⁸⁹ con il vero nodo del problema - risultando, quindi, apodittiche - appaiono le affermazioni secondo cui «La circostanza che le parti sociali [...] abbiano disciplinato in modo differenziato l’ipotesi di malattie che comportino assenze di lunga durata vale di per sé sola ad escludere la discriminazione discendente dall’applicazione dello stesso termine di comportamento per i lavoratori normodotati e per quelli disabili poiché il rischio aumentato di assenze a causa di malattia invalidante gravante sui secondi è controbilanciato dal diritto ad un periodo più lungo di conservazione del posto di lavoro»⁹⁰.

2.3.2 La “conoscenza” del datore di lavoro

Molto più “consistenti” - e stimolanti sul piano giuridico - sembrano invece le ragioni dei “rigetti” - sostenute, in modo più o meno accentuato, nei giudizi di merito⁹¹ e già “accolte” dalla dottrina più recente⁹² - imperniate sulla mancata conoscenza del datore di lavoro, al momento dell’intimazione del recesso, della “condizione” affliggente il lavoratore.

⁸⁵ C. Giust., 18 gennaio 2018 cit., 38-39.

⁸⁶ Questo principio di “correlazione” sembra trovare conferme anche in alcuni passaggi della giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia e, segnatamente, allorquando evidenzia, come nel caso *HK Danmark*, che «per quanto riguarda la direttiva 2000/78, tale concetto deve essere inteso nel senso che si riferisce all’eliminazione delle barriere di diversa natura che ostacolano la piena ed effettiva partecipazione delle persone disabili alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori» (54).

⁸⁷ E come acutamente osservato da De Falco, *L’accomodamento per i lavoratori disabili: una proposta per misurare ragionevolezza e proporzionalità attraverso l’INAIL*, LDE 3-2021, p. 16, «L’accomodamento [...] non ammette generalizzazioni che esulino dalle circostanze del caso concreto, in quanto postula l’interazione (negativa) fra la persona con limitazioni funzionali e lo specifico contesto lavorativo nel quale questa è inserita».

⁸⁸ Trib. Bologna, 19 maggio 2022 cit., p. 4.

⁸⁹ Infatti, App. Torino, 3 novembre 2021 cit., richiamato anche da Trib. Rovereto, 8 marzo 2022 cit., fa espresso riferimento alla sentenza *HK Danmark*, ma non anche alla più pertinente *Ruiz Conejero*.

⁹⁰ App. Torino, 3 novembre 2021 cit., p. 13, a cui fa riferimento anche Trib. Rovereto, 8 marzo 2022 cit....

⁹¹ Sostanzialmente in tutte quelle prese in esame e indicate alla nota 62.

⁹² Vedi Bono, *Disabilità e licenziamento discriminatorio per superamento del periodo di comporta*, 10 febbraio 2022, www.italianequalitynetwork.it.

Effettivamente, pur dovendo trascurare, in virtù della già precisata⁹³ «tendenza, del legislatore, europeo, a privilegiare la sostanza rispetto alla forma»⁹⁴, le osservazioni circa la mancata “segnalazione”, da parte del prestatore e secondo le specifiche ministeriali⁹⁵, del proprio «Stato patologico sotteso o connesso alla situazione di invalidità riconosciuta», appare non del tutto infondata l’obiezione secondo cui «L’inadempimento del lavoratore all’obbligo di cooperazione [*id est*, informare la controparte] rende [...] inesigibile il preteso obbligo del datore di lavoro di espungere dal comparto le giornate di assenza correlate all’invalidità»⁹⁶.

Tanto che, le discendenti considerazioni, a partire dal fatto che «l’irrilevanza della volontà diretta alla discriminazione non supera il rilievo per cui il datore di lavoro è, nella fattispecie in esame, obbligato ad un *facere* [, presupponendo] L’adempimento di questo obbligo positivo [...] che il soggetto obbligato, il datore di lavoro, abbia conoscenza della condizione di *handicap* del lavoratore, poiché solo questa conoscenza può consentire l’adozione di quegli accomodamenti ragionevoli richiesti dalla richiamata direttive»⁹⁷, per arrivare a che «se è il lavoratore ad affermare che alcune o tutte le assenze per malattia vanno espunte dal comparto perché riconducibili alla disabilità che lo affligge, di tale assunto dovrà offrire specifica prova»⁹⁸, trovano riscontro, in effetti, almeno in termini di principio, anche nella giurisprudenza di legittimità⁹⁹.

Ora, posto che ulteriori argomentazioni a sostegno del ragionamento anzidetto, potrebbero perfino rinvenirsi dalla ormai pervasiva applicazione dei principi di “correttezza” e “buona fede”¹⁰⁰, non mancano, tuttavia, anche elementi di criticità che indurrebbero, piuttosto, a dubitare della tesi appena esposta.

Per vero, oltre al fatto, non trascurabile, che, né la direttiva 2000/78/CE, né la giurisprudenza della Corte di Giustizia, fanno mai cenno a un simile onere gravante sul lavoratore¹⁰¹, vi è anche da notare, per le ragioni già espresse¹⁰², che il medesimo potrebbe versare, in egual modo -

⁹³ Vale quanto detto al paragrafo 1.4.

⁹⁴ Così Trib. Firenze, 19 marzo 2020 cit., p.7.

⁹⁵ Si intende far riferimento al decreto, 18 aprile 2012, del Ministero della Salute.

⁹⁶ Trib. Vicenza, 27 aprile 2022 cit., p.12.

⁹⁷ *Ibidem*, pp. 12-13.

⁹⁸ Trib. Bologna, 19 maggio 2022 cit., p. 7.

⁹⁹ Sulla “natura” di obbligo di *facere*, si rinvia alla già citata Cass., 9 marzo 2021, n. 6497. Mentre sull’onere probatorio a carico del lavoratore, si veda Cass., 28 ottobre 2019, n. 27502, “Ragioni della decisione”, *sub* 8.5.

¹⁰⁰ «[I] quali assumono rilevanza non solo sotto il profilo del comportamento dovuto in relazione a specifici obblighi di prestazione ma anche sotto il profilo delle modalità di generico comportamento delle parti ai fini della concreta realizzazione delle rispettive posizioni di diritti e obblighi [,] a prescindere dall’esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge» (*cf.* Cass., 25 gennaio 2011, n. 1699)

¹⁰¹ Anzi, prevedendo espressamente, all’articolo 10, una specifica agevolazione probatoria in suo favore.

¹⁰² Principalmente al paragrafo 1.4.

rispetto al datore di lavoro - e sino a “verifica” giurisdizionale, in condizione di assoluta incertezza, permanendo qualsiasi “certificazione” precedente, “superabile” o comunque non incontrovertibile rispetto a valutazioni differenti operate nel merito del processo, tanto che, in taluna - anche recente - giurisprudenza della Cassazione, in argomento di “sopravvenuta impossibilità della prestazione”, non manca di evidenziarsi, in modo lapidario, che laddove il datore di lavoro «opta per l'immediato licenziamento del dipendente anziché chiedere, secondo le normali regole contrattuali, la risoluzione giudiziaria del rapporto di lavoro [...] agisce a suo rischio»¹⁰³.

Situazione di incertezza, dunque, sicuramente “pericolosa” in termini di apparato sanzionatorio applicabile, ma di cui, da un lato, la medesima giurisprudenza “contraria” - contraddicendo sé stessa - sembra non poter risolvere completamente, ammettendo, nel mentre del giudizio, il possibile ricorso a “rivelatrice” CTU medico legale¹⁰⁴.

Dall'altro, che la sussistenza di un'incognita pendente sul datore di lavoro, anche oltre il momento di irrogazione del licenziamento, non rappresenta, di certo, fattispecie inedita al nostro ordinamento, dove, occorre rammentarlo, opera perfettamente, senza dubbi applicativi di rilievo e prescindendo dalla consapevolezza - o meno - del datore di lavoro, poiché fondato su di una condizione - anche questa - “oggettiva”, il divieto di licenziamento previsto dal T.U. a tutela della maternità¹⁰⁵.

Brevi riflessioni conclusive

A questo punto, il quadro sinora rappresentato, sembra fornire gli elementi necessari a qualche breve riflessione conclusiva, sulla “delicata” relazione tra art. 2110 c.c. e diritto europeo antidiscriminatorio, soprattutto riguardo agli scenari prossimi che potrebbero investire la fattispecie.

A tal proposito e come già si accennava, anche se non risulta semplice collocare la questione di diritto rispetto ai perimetri tracciati dalla nota sentenza *CILIFT*¹⁰⁶, non vi è dubbio che,

¹⁰³ Cass., 16 gennaio 2020, n. 822, “Ragioni della decisione”, *sub* 8.

¹⁰⁴ Trib. Bologna, 19 maggio 2022 *cit.*, p. 7.

¹⁰⁵ Art. 54 d.lgs. 151/2001: «1. Le lavoratrici non possono essere licenziate dall'inizio del periodo di gravidanza fino al termine dei periodi di interdizione dal lavoro previsti dal Capo III, nonché fino al compimento di un anno di età del bambino. 2. Il divieto di licenziamento opera in connessione con lo stato oggettivo di gravidanza, e la lavoratrice, licenziata nel corso del periodo in cui opera il divieto, è tenuta a presentare al datore di lavoro idonea certificazione dalla quale risulti l'esistenza all'epoca del licenziamento, delle condizioni che lo vietavano. [...]»

¹⁰⁶ C. giust., 6 ottobre 1982, causa 283/81, secondo cui, qualora dinanzi ad un giudice di ultima istanza, si ponga una questione di diritto comunitario (ora diritto UE), tale giudice non è, in realtà, sempre obbligato al rinvio ma può considerarsi esentato da tale obbligo in determinate circostanze. Ciò accade quando constatata che:

comunque, tanto la disposizione del codice civile, quanto una qualunque disciplina collettiva a cui essa rimanda, possano essere oggetto, in futuro, di rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE*, al fine di ottenere riferimenti, pressoché definitivi, circa la compatibilità complessiva, con il diritto eurounitario, dello “speciale” sistema interno, predisposto a regolare il recesso del lavoratore “malato” ma che, al contempo, rientri anche nella nozione di *handicap* prevista dalla direttiva 2000/78/CE.

Fino ad all’ora però, detto che, pur nell’evidenza delle criticità applicative, “rimedi” interpretativi tesi a preservare, quanto più possibile, la “certezza del diritto”¹⁰⁷, non risolvono affatto le consistenti problematiche di profilo giuridico in precedenza esposte, occorrerà fare i conti - e, nella prospettiva dell’operatore del diritto, le “scelte” -, necessariamente, con le tanto parziali quanto contrastanti “soluzioni” sin qui raggiunte dalla giurisprudenza del merito.

Situazione che, ad avviso di chi scrive, certifica, per molti aspetti, una “crisi” reale dell’art. 2110 c.c. e un altrettanto, auspicabile, intervento correttivo del legislatore nazionale.

«la questione non è pertinente»; «la disposizione comunitaria di cui è causa ha già costituito oggetto di interpretazione a parte della Corte»; «la corretta applicazione del diritto comunitario si impone con tale evidenza da non lasciar adito a ragionevoli dubbi».

¹⁰⁷ Appaiono infatti prive di “consistenza” giuridica le affermazioni, contenute in Trib. Venezia, 7 dicembre 2021 cit., p. 6: «ritenere che dalle assenze per malattia debbano essere espunte quelle determinate dallo stato di *handicap* [...] determinerebbe, nella sostanza, una disapplicazione della norma per la maggior parte delle ipotesi». Infatti, più che una *ratio decidendi* giustificante il rigetto delle impugnazioni, quanto precede potrebbe considerarsi una “necessità” imposta dal diritto vigente.