



ARTICOLI



Discriminazione indiretta disabili in tema di superamento del periodo di comportamento

Nota a Cassazione Ordinanza n. 9095/2023

Con la sentenza 9905/2023 la Suprema Corte affronta la problematica relativa alla cosiddetta *discriminazione indiretta*¹ dovuta all'applicazione di un uguale periodo di comportamento per lavoratori disabili rispetto ai non disabili. L'applicazione del medesimo limite temporale previsto per i non disabili ai fini del licenziamento per superamento del periodo di comportamento, sarebbe discriminatorio in quanto la disabilità esporrebbe ad un maggior rischio di contrarre patologie e, quindi, necessiterebbe del riconoscimento al lavoratore di un maggior numero di giorni di astensione dal lavoro.

Il fondamento normativo del divieto di discriminazione - di cui è' indubbia la portata di valore generale dell'ordinamento eurounitario - si rinviene nell'art. 2, lettera b) della Direttiva 2000/78/CE sulla «parità di trattamento in materia di occupazione e condizioni di lavoro», cui è stata data attuazione, nell'ordinamento interno, con il D. Lgs. n. 216/2003².

Al di fuori dell'ambito strettamente lavoristico, può menzionarsi anche la direttiva sull'uguaglianza razziale (direttiva 2000/43/CE) che vieta ogni discriminazione fondata sulla razza o sull'origine etnica, in una pluralità di ambiti materiali, quali la sicurezza sociale e assistenza sanitaria, accesso e fornitura di beni e servizi.

Ciò, senza poter trascurare che, nel 2009, il trattato di Lisbona ha innovativamente

1 Costituisce principio interpretativo consolidato quello per cui mentre nella discriminazione diretta è la condotta tenuta che determina l'ingiustificata diversità di trattamento, nella discriminazione indiretta la disparità vietata è l'effetto di un comportamento "che è corretto in astratto e che, in quanto destinato a produrre i suoi effetti nei confronti di un soggetto con particolari caratteristiche, che costituiscono il fattore di rischio della discriminazione, determina invece una situazione di disparità che l'ordinamento sanziona" a prescindere dalla volontà illecita del datore di lavoro. In tal senso, v. S. Gioia, *L'imposizione di un doppio turno di lavoro a tutta la platea dei dipendenti costituisce una discriminazione indiretta del datore di lavoro poiché penalizza in misura significativamente maggiore le lavoratrici madri con figli minori rispetto ai lavoratori non genitori o con figli autosufficienti*, in www.soluzioni lavoro.it, cfr. Cass. Civ., Sez. lav., 25 luglio 2019, n. 20204; Cass. Civ., Sez. lav., 5 aprile 2016, n. 6575.

2 Il ragionamento prende lo spunto, infatti, dall'art. 2, comma 1, lettera b) del D.L.vo n. 216/2003 che definisce la discriminazione come indiretta "quando una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri possono mettere persone che professano una determinata religione o ideologia di altra natura, le persone portatrici di handicap, le persone di una particolare età o di un orientamento sessuale, in una situazione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone".

imposto la lotta contro le discriminazioni in ogni politica dell'Unione (articolo 10 del TFUE), codificando, a livello di Costituzione europea, il relativo 'meta-principio'³.

In particolare, sussiste una **discriminazione indiretta fondata** sulla disabilità quando una disposizione, apparentemente neutra, possa mettere in una posizione di particolare svantaggio la persona disabile, a meno che: *i)* tale disposizione sia oggettivamente giustificata da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari; o che *ii)* il datore di lavoro sia obbligato dalla legislazione nazionale ad adottare soluzioni ragionevoli, per ovviare agli svantaggi provocati dalla disposizione. La normativa, dunque, impone al datore di lavoro di adottare "*accomodamenti ragionevoli*" idonei a consentire al lavoratore o alla lavoratrice disabile di svolgere la sua prestazione in condizioni di parità e sicurezza.

A tal fine l'art. 3, co. 3-*bis*, D. Lgs. n. 216/2003 prescrive ai datori di lavoro di adottare modifiche e adattamenti necessari ed appropriati, in funzione delle esigenze concrete delle persone con disabilità, per garantire loro il diritto al lavoro su base di uguaglianza con gli altri. Con ciò realizzando quel principio di eguaglianza sostanziale ex art. 3, co. 2 Cost, che impone la rimozione degli ostacoli alla piena realizzazione di un adeguato livello di fruizione dei diritti riconosciuti dall'ordinamento⁴.

Coerentemente con tale previsione, la L. n. 18/2009, di ratifica della Convenzione ONU sui «diritti delle persone con disabilità», ha espressamente ricompreso nella nozione di discriminazione fondata sulla disabilità il «rifiuto di accomodamenti ragionevoli» da parte del datore, integrando, così, una prassi inclusiva a tutela di una categoria vulnerabile di prestatori, che versa in una situazione di oggettiva e incolpevole difficoltà, con le uniche esimenti della **antieconomicità della soluzione** e della sua sproporzione rispetto alle dimensioni e risorse aziendali

3 In tale quadro normativo, non è peregrino pensare ad una possibile generalizzazione del divieto di discriminazione -con effetti tanto verticali (nei rapporti fra Istituzioni e persona interessata) quanto orizzontali con riferimento ai rapporti privatistici- che non può, però, prescindere dal superamento di un duplice pregiudizio giuridico ovvero quello relativo, rispettivamente: al diretto operare nel nostro ordinamento del divieto di discriminazione nella logica di un'eterointegrazione del nostro ordinamento da parte di quello comunitario, nonché alla sua operatività, non solo nei rapporti fra Stato e cittadini, ma anche nelle relazioni giuridiche fra privati.

Il che vorrebbe dire non solo elevare il divieto di discriminazione a generale parametro cui commisurare ogni atto di autonomia negoziale, a fini invalidatori o anche solo di risarcimento per equivalente, ma anche farne insuperabile parametro interpretativo.

4 In materia di eguaglianza sostanziale quale principio cardine della disciplina lavoristica, si cfr., in linea generale, L. Ventura, *Il principio di eguaglianza nel diritto del lavoro*, Milano, 1984, 54 ss.; cfr. D. Izzi, *Eguaglianze e differenze nei rapporti di lavoro: il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Napoli, 2005, spec. nella parte introduttiva (da pagina 4 e ss.) che sottolinea il contemporaneo rafforzamento della tutela antidiscriminatoria.

(cfr. Cass., 23 febbraio 2021, n. 4896) e/o della sua **irragionevolezza**» (cfr. Cass., 9 marzo 2021, n. 6496).

Dunque, un obbligo per il datore di adeguamento della propria struttura organizzativa, anche in termini della individuazione dei tempi della prestazione lavorativa del disabile – cui corrisponde un diritto o comunque, un interesse legittimo (privato o pubblico) del lavoratore disabile. A fronte di tale obbligo, di cui è controversa la coercibilità, sono individuabili due deroghe.

Si pone, dunque, un problema non soltanto sotto il profilo allegatorio delle circostanze di fatto, idonee a integrare le suddette esimenti, ma anche della loro prova, specie, nell’ottica dell’eventuale sindacato da parte del Giudice, investito della cognizione della fattispecie concreta. D’altronde, la disparità di forza contrattuale ed economica, così come in termini di conoscenza dell’assetto organizzativo dell’impresa non può non incidere sul riparto dell’onere probatorio, facendo pendere la bilancia in favore del lavoratore⁵. Da ciò l’evocazione frequente, in sede interpretativa, delle categorie concettuali dell’“alleggerimento dell’onere probatorio”, o, anche, dell’“onere probatorio asimmetrico”⁶.

Invero, sotto il profilo della giurisprudenza comunitaria che ha valenza eterointegrativa delle norme comunitarie, contribuendo a definirne la portata precettiva, la Corte di Giustizia⁷ considera il lavoratore disabile come maggiormente esposto al rischio di vedersi applicare le disposizioni sul comportamento rispetto a un lavoratore normo dotato per cui le previsioni sul comportamento comporterebbero una evidente disparità di trattamento indirettamente basata proprio sulla disabilità. Per tale motivo, a giudizio della Corte, l’interprete è chiamato a valutare se una simile disparità si verifichi per una finalità legittima e questa sia perseguita con mezzi appropriati e necessari, ovvero nell’osservanza del principio di proporzionalità con i suoi precipitati logici.

Più in generale, si deve convenire con chi, in relazione ai rapporti fra ordinamento interno e eurounitario, ritiene che quello della “tutela antidiscriminatoria rappresenta

5 v. in generale, A. Vallebona, *Disciplina dell’onere probatorio e disparità sostanziale delle parti del rapporto di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, spec. 794, (nonché, del medesimo A., *L’inversione dell’onere della prova nel diritto del lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, 812 ss.); il quale richiama L. De Angelis, *Profili della tutela processuale contro le discriminazioni tra lavoratori e lavoratrici*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, I, 463 ss. che configura un’ipotesi di presunzione semplice; G. Gaudio, *Algorithmic management, poteri datoriali e oneri della prova: alla ricerca della verità materiale che si cela dietro l’algoritmo*, in *Labour & Law Issues*, 6, 2, 2020, 47. S. L. Curcio, *op. cit.*, 4. Sul tema, più ampiamente, Id., *Le azioni in giudizio e l’onere della prova*, in M. Barbera, *La nozione di discriminazione nel nuovo diritto antidiscriminatorio*, in *La tutela Antidiscriminatoria*, 2019, Torino, 529-555.

6 In relazione a tali tesi ricostruttive v., Cass. Civ., Sez. lav., 5 luglio 2013, n. 14206, in *D&G*, 6 giugno 2013, 802.

7 V., *ex multis*, CGUE 15 luglio 2015, C-83/14, *Chez.*, v. anche in materia di limiti all’operare del divieto di discriminazione, Corte Giustizia Comunità Europee, Grande Sez., 11 luglio 2006, n. 13, in *Foro it.*, 2006, IV, 641 che ha escluso l’applicabilità della direttiva del Consiglio 2000/1978/CE del 27 novembre 2000 per l’ipotesi di persona che sia stata licenziata dal suo datore di lavoro esclusivamente per causa di malattia.

un tradizionale terreno di intervento, specificamente nel senso dell'adeguamento del primo alle direttive del secondo". Se, dapprima, agli albori della costruzione comunitaria, si sono poste, a livello sovranazionale, "regole sulla parità di trattamento per uomini e donne sul versante dell'occupazione e delle condizioni di lavoro", più di recente tali interventi, raffinandosi e elevando il raggio di azione del principio, "hanno anche riguardato il profilo della tutela antidiscriminatoria per le persone portatrici di *handicap*"⁸.

E nella logica propria di un ordinamento multilivello, qual è quello nostro, in cui si assiste, spesso, al concorso di più norme nella regolazione della medesima fattispecie, sia in termini di disposizioni puntuali, sia di principi generali, deve menzionarsi anche l'apporto in termini ricostruttivi della Corte Cedu, le cui pronunce hanno, come noto, valenza di *res interpretata* e sono intervenute, in plurime occasioni, nel definire il concetto di *disparità di trattamento*⁹.

Sul diverso piano dell'ordinamento interno¹⁰, la giurisprudenza maggioritaria¹¹ di merito ha assunto che la previsione di un termine unico di comportamento applicabile anche ai lavoratori disabili e in relazione alle assenze connesse alla disabilità costituisce discriminazione indiretta, in quanto se la finalità delle disposizioni in

8 v. *expressim*, Romeo Carmelo, *La tutela del lavoratore disabile discriminato*, *Lavoro nella Giur.*, 2008, I, 5

9 v. Corte EDU ha affermato che "una differenza di trattamento può consistere nell'effetto sproporzionatamente pregiudizievole di una politica o di una misura generale che, se pur formulata in termini neutri, produce una discriminazione nei confronti di un determinato gruppo" (sentenza Cedu 13 novembre 2007, D.H. e a. c. Repubblica ceca [GC] (n. 57325/00).

10 In genere, Lucia D'Arcangelo, *Lavoro nella Giur.*, 2022, 10, 964, *Cambio d'appalto, modifica dell'orario di lavoro e discriminazione indiretta delle lavoratrici madri*, nota a *Tribunale Bologna Sez. lavoro Decr.*, 31 dicembre 2021 secondo cui "l'imposizione generalizzata a tutti dipendenti di un regime di doppia turnazione dell'orario di lavoro, adottato da un'impresa subentrante in un contratto d'appalto, in luogo del turno unico applicato dall'impresa precedente, determina una condizione discriminatoria indiretta delle lavoratrici madri con figli in tenera età. Secondo l'organo giudicante, tale misura, pur essendo legittima e appropriata in ordine alle finalità perseguite, non è strettamente necessaria per l'intera platea dei dipendenti. Pertanto, alle lavoratrici madri con figli in tenera età va assegnato un turno centrale o altro orario concordato con l'impresa, la quale è tenuta anche a risarcire i danni non patrimoniali a favore della Consigliera di Parità".

11 Sulla discriminazione indiretta in genere, nella giurisprudenza della Cassazione, cfr. Cass. Civ., Sez. civ., 29 luglio 2021, n. 21801; con riferimento alla posizione delle lavoratrici madri nelle ipotesi di modifiche dell'organizzazione del lavoro, v. Trib. Firenze 22 ottobre 2019, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020, 4, II, 659; App. Firenze 2 luglio 2015, qualifica la lesione delle esigenze conciliative come lesione dei "diritti primari della personalità"; Espressamente, L. Curcio, *Lavoratrici madri e discriminazione per genitorialità in caso di modifiche di orario lavorativo: la cura dei figli riguarda ancora soprattutto le donne*, in www.questionegiustizia.it, 17 marzo 2022, 3; S. Scarponi, (a cura di), *Diritto e genere. Temi e questioni*, in *Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza*, Università di Trento, 2020; S. Scarponi, *Discriminazione e cura genitoriale: la modifica dell'orario imposta dal datore di lavoro è rilevante?* in www.italianequalitynetwork.it. In materia di discriminazioni e lavoro intermittente, invece, si v. Corte di Giustizia CE, 12 ottobre 2004, c-313/02, in *Mass. giur. lav.*, 2005, 3, 188 ss. con nota di L. Corazza, *Lavoro intermittente e discriminazioni indirette: dalla Corte di Giustizia qualche indicazione sulla natura del lavoro intermittente senza obbligo di risposta alla chiamata*.

In dottrina, ampiamente, L. Calafà - D. Gottardi, (a cura di), *Il diritto antidiscriminatorio. Tra teoria e prassi applicativa*, Roma, 2009, in particolare, i contributi di D. Gottardi, 21-51 e di L. Calafà, 55-95.

tema di comportamento (bilanciamento tra diritto alla conservazione del posto e interesse datoriale relativo alla organizzazione aziendale) è legittima, lo strumento utilizzato risulta non adeguato in quanto prescinde da ogni necessario distinguo tra disabili e non.

La stessa disciplina non tiene conto delle diversità di esigenze e in termini di aspettative di tutela fra lavoratore affetto da disabilità e lavoratore che si trovi in siffatta condizione.

E, d'altra parte, l'esito interpretativo dei giudici interni non poteva essere diverso, data la primazia del diritto comunitario sul quello interno e la necessità, costituente dovere primario per l'interprete, di un'esegesi che assicuri la conformità delle regole nazionali ai dettami comunitari.

E' stata, peraltro, riconosciuta la necessità di un accomodamento ragionevole che tenesse conto delle circostanze concrete e consentisse di contemperare, secondo un criterio di ragionevolezza, le esigenze delle parti in causa ma senza definire modalità e termini chiari.

Ai profili problematici innescati dall'applicazione del principio di non discriminazione in ambito lavorativo, la Corte di Cassazione ha cercato di dare risposta nella decisione in oggetto, consacrando, a livello di diritto vivente, principi già enucleati dalle sentenze e tentando di ricondurre gli stessi a sistema.

Nella fattispecie concreta che ha originato la sentenza della Suprema Corte, veniva impugnato un licenziamento, stigmatizzato dal ricorrente, come discriminatorio per ragione di handicap, in quanto intimato in esito al superamento del periodo di comportamento contrattuale da parte di un lavoratore, portatore di un grave stato patologico, catalogabile come disabilità.

Ciò, però, trascurando di distinguere assenze per malattia ed assenze per patologie correlate alla disabilità.

Il giudice di legittimità, dopo avere richiamato la disciplina dell'Unione in materia di discriminazione per disabilità e in specie i principi espressi dalla CGUE nella sentenza del 18/1/2018 in causa C-270/16, ha innanzi tutto avvalorato l'indirizzo di merito secondo cui l'applicazione anche al lavoratore disabile dell'ordinario termine contrattuale di comportamento costituisce discriminazione indiretta. Secondo la Corte infatti *“il rischio aggiuntivo di essere assente dal lavoro per malattia di un lavoratore disabile deve essere tenuto in conto nell'assetto dei rispettivi diritti e obblighi in materia, con la conseguenza che la sua oblitterazione in concreto, mediante applicazione del periodo di comportamento breve come per i lavoratori non disabili, costituisce condotta datoriale indirettamente discriminatoria e perciò vietata”*.

Tuttavia, si aggiunge *“questo non significa che un limite massimo in termini di*

giorni di assenza per malattia del lavoratore disabile non possa o non debba essere fissato”, dal legislatore o, per quanto di competenza, delle parti sociali, anche al fine di contrastare fenomeni di assenteismo dovuto ad eccessiva morbidità. Una tale legittima finalità deve essere però “attuata con mezzi appropriati e necessari, e quindi proporzionati, mentre la mancata considerazione dei rischi di maggiore morbidità dei lavoratori disabili, proprio in conseguenza della disabilità, trasmuta il criterio apparentemente neutro del computo del periodo di comportamento breve in una prassi discriminatoria nei confronti del particolare gruppo sociale protetto in quanto in posizione di particolare svantaggio”. Così che “la necessaria considerazione dell’interesse protetto dei lavoratori disabili, in bilanciamento con legittima finalità di politica occupazionale, postula (...) l’applicazione del principio dell’individuazione di soluzioni ragionevoli per assicurare il principio di parità di trattamento dei disabili, garantito dall’art. 5 della direttiva 2000/78/CE (ovvero degli accomodamenti ragionevoli di cui alla Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità, alla cui luce vanno interpretate le direttive normative antidiscriminatorie UE)”.

La Corte affronta anche la problematica della conoscibilità da parte del datore di lavoro delle cause dell’assenza, in una fattispecie nella quale la difesa dell’azienda aveva affermato di avere informato il lavoratore dell’approssimarsi del termine del comporta, invitandolo a fornire spiegazioni in merito, senza, però, ricevere da questi idoneo riscontro. A tal riguardo, la pronuncia riafferma la natura oggettiva dei divieti di discriminazione, e, dunque, la rilevanza della loro violazione, a prescindere dallo stato psicologico e, dunque, dall’accertamento di una volontà preordinata alla inosservanza del divieto.

Ciò, ovviamente, a tutela delle potenzialità operative del principio, potenzialità che rischierebbero di essere compromesse da delicati e complicati accertamenti del foro interiore dell’autore dell’illecito.

Pertanto, la pronuncia arriva a negare che sia dirimente, al fine di escludere la violazione, la circostanza, prospettata dal datore di lavoro, di non essere stato messo a conoscenza del motivo delle assenze del lavoratore, in quanto i certificati medici inviatigli non indicavano la specifica malattia a causa dell’assenza.

Ciononostante va rilevato come, respingendo il motivo di impugnazione dedotto sul punto dall’azienda, la Corte abbia ritenuto correttamente motivata la sentenza impugnata nella parte in cui aveva affermato che, anche sulla base di elementi presuntivi, doveva ritenersi che parte datoriale avesse preso coscienza della condizione di disabilità del lavoratore e della concreta incidenza della stessa sulla possibilità per il lavoratore di svolgere la prestazione lavorativa.

Si conferma, dunque, da parte del giudice di legittimità quanto affermato dalla giurisprudenza di merito circa la imperatività, per il datore di lavoro, di un

accomodamento ragionevole di un termine di comportamento differenziato per i lavoratori disabili.

Al contempo, si ammette che tale termine possa essere individuato anche in via generale dalla contrattazione collettiva, quale fonte primaria della disciplina del rapporto di lavoro subordinato (quindi, verosimilmente anche attraverso la previsione di termini diversi e più estesi nei casi di assenze dovute a patologie qualificabili come disabilità).

Dunque, deve ritenersi che sia stato posto un ulteriore tassello nella costruzione di un diritto speciale della disabilità¹², con funzione di riequilibrio sostanziale, che va a innestarsi nella più generale disciplina a tutela di questa speciale categoria di soggetti deboli. Principio di cui, però, si impone una declinazione che assicuri, da un lato, la tutela dei diritti della personalità del lavoratore con disabilità, dall'altro, **una sufficiente tutela del potere di organizzazione dell'impresa da parte del datore di lavoro**, esposto all'incertezza relativamente alla determinazione dell'esatto termine oltre il quale far valere validamente la decisione di licenziare per superamento del periodo di comportamento e dunque in balia di possibili impugnazioni che inevitabilmente ne limitano il potere decisionale¹³.

Declinazione che dovrà avvenire, dunque, necessariamente facendo uso di quei principi di ragionevolezza e proporzionalità che, quali valori generali dell'ordinamento eurounitario, devono necessariamente informare l'esegesi di tutte le norme dell'ordinamento, ma anche a principi di certezza delle situazioni giuridiche.

12 V. Romeo Carmelo, *cit.*

13 La nullità del recesso, infatti, va a colpire il comportamento del datore di lavoro che, sul punto, si è meramente allineato alla previsione del CCNL e che applicando le regole della contrattazione collettiva che non fa alcuna distinzione, corre il rischio fondato di vedersi annullare futuri licenziamenti adottati sulla base di tali indicazioni.