

Working Paper

ADAPT

www.adapt.it

UNIVERSITY PRESS

Associazione per gli Studi Internazionali e Comparati sul Diritto del lavoro e sulle Relazioni industriali

Discriminazione per disabilità, comportamento e contrattazione collettiva

Primi appunti ad un anno dalla pronuncia della Cassazione

Francesco Alifano

Assegnista di ricerca

Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

Working Paper n. 7/2024

ABSTRACT

Ad oltre un anno dalla pubblicazione della sentenza 31 marzo 2023, n. 9095, il presente contributo si propone di verificare l'impatto che ha avuto l'adesione da parte della Corte di Cassazione all'orientamento che riscontra l'indiretta discriminatorietà delle previsioni adottate dai contratti collettivi nazionali di categoria là dove non sanciscano un comportamento differenziato per i lavoratori affetti da disabilità.

In particolare, sono analizzati i 10 CCNL che sono intervenuti sul tema dopo la pronuncia della Cassazione, che presentano soluzioni diverse in ordine sia alla platea di riferimento dei lavoratori che possono fruire dell'estensione del periodo di comportamento sia alle tecniche adottate per garantire un trattamento specifico per i lavoratori con disabilità, che vanno dal prolungamento del periodo di comportamento retribuito, allo scorporo delle assenze legate a determinate patologie, al riconoscimento di un ulteriore periodo di aspettativa non retribuita.

Il contributo, infine, si propone di ragionare sulla rispondenza delle clausole adottate dalla contrattazione collettiva rispetto al principio di diritto espresso dalla Cassazione.

I PUNTI CHIAVE DEL PAPER

- La sentenza n. 9095/2023 della Cassazione ha evidenziato l'esigenza di prevedere un periodo di comportamento differenziato in favore dei lavoratori affetti da disabilità.
- Su 59 rinnovi di contratti nazionali di categoria analizzati, solo 10 sono intervenuti prevedendo clausole volte a rispondere allo stimolo della Cassazione.
- Dei 10 CCNL analizzati, 7 ancorano la possibilità di fruire dell'estensione del periodo di comportamento alla circostanza che il lavoratore sia affetto da una malattia di particolare gravità, mentre solo tre (con soluzioni diverse) fanno riferimento specificamente alla disabilità.
- L'eterogeneità delle soluzioni offerte dalla contrattazione collettiva si registra anche in ordine alle tecniche adottate per garantire l'estensione del periodo di comportamento, che vanno dal prolungamento del periodo di comportamento retribuito, allo scorporo delle assenze legate a determinate patologie, al riconoscimento di un ulteriore periodo di aspettativa non retribuita.

IL MESSAGGIO

L'analisi permette di rilevare che, nonostante il "richiamo" ricevuto, la contrattazione collettiva si è interessata solo marginalmente del tema sollevato dalla sentenza 31 marzo 2023, n. 9095, continuando ad accordare la tutela della differenziazione del periodo di comportamento, nella maggior parte dei casi, esclusivamente in base all'insorgenza di una malattia qualificata. Dei 10 CCNL che sono intervenuti in materia di differenziazione del comportamento, infatti, solo 3 prevedono che l'estensione del periodo di conservazione del posto possa essere legato alla condizione di disabilità. Quanto alle soluzioni individuate dai contratti collettivi, si registrano nel panorama della contrattazione collettiva tecniche eterogenee, che permettono di estendere il periodo di comportamento ma che hanno differenti implicazioni per quanto attiene alla retribuzione del lavoratore. A conclusione dell'analisi, è possibile rilevare che la contrattazione collettiva, tenuta nell'ordinamento interno a regolare il periodo di comportamento, è (e sarà sempre più, in considerazione delle trasformazioni demografiche) chiamata a delineare soluzioni ragionevoli e non standardizzate per evitare discriminazioni e rispondere ai nuovi bisogni emergenti.

Indice*

1. Introduzione	4
2. Le clausole della contrattazione collettiva.....	7
2.1. I destinatari del comparto differenziato.....	8
2.2. Le tecniche di tutela.....	9
3. Considerazioni conclusive	11

* Questa ricerca è riconducibile al progetto PRIN bando 2022 PNRR SUNRISE – *Sustainable solutions for social and work inclusion in case of chronic illness and transplantation*, P20229FEWC, P.I. e Resp. Unità Uniid Prof.ssa Valeria Filì, Resp. Unità Unimore Prof. Michele Tiraboschi.

1. Introduzione

Poco più di un anno è trascorso da quando la Corte di Cassazione, con sentenza 31 marzo 2023, n. 9095 ⁽¹⁾, ha sollecitato, in ragione della indiretta discriminazione risultante dall'adozione di termini non differenziati in favore dei lavoratori con disabilità, l'adattamento delle vigenti discipline in materia di comportamento di malattia. Ad una prima valutazione, però, la sentenza della Suprema Corte, che sembrava potesse provocare un vero e proprio terremoto nelle discipline collettive in materia di comportamento per i lavoratori disabili, potrebbe aver avuto un impatto più ridotto del previsto.

Intervenendo su una questione controversa, la decisione della Cassazione ha placato i contrasti sorti nella giurisprudenza interna ⁽²⁾, dove, con riferimento alla possibile natura discriminatoria dell'applicazione di un medesimo periodo di comportamento per lavoratori disabili e non disabili, si erano affermati, nell'applicazione della nozione euro-unitaria di disabilità sviluppatasi soprattutto con le pronunce *HK Danmark* e *Ruiz Conejero* della Corte di Giustizia dell'Unione Europea ⁽³⁾, due opposti orientamenti. In particolare, ad un orientamento minoritario che considerava il modello di tutela delineato dall'art. 2110 c.c. per come inverte dalla contrattazione collettiva conforme al quadro normativo eurounitario in materia di tutela antidiscriminatoria, si è contrapposto l'orientamento maggioritario – condiviso dalla Cassazione – che, basandosi sulle sentenze della Corte di Giustizia, aveva portato molte corti interne a ritenere, ai sensi del D. Lgs. n. 216/2003 e della Direttiva 2000/78/CE, alla stregua di una discriminazione indiretta la previsione di un medesimo periodo di comportamento per lavoratori disabili e non disabili ⁽⁴⁾.

Senza voler ripercorrere le diverse argomentazioni adottate dai giudici di merito, in questa sede è da sottolineare, al fine di comprendere le ricadute che la citata pronuncia di legittimità avrebbe potuto e tuttora potrebbe avere nei confronti della contrattazione collettiva, il principio di diritto affermato dalla Cassazione, che ha ribadito che, «rispetto

⁽¹⁾ Cass. 31 marzo 2023, n. 9095, con nota di V. FILÌ, *Superamento del comportamento di malattia e rischio di discriminazione indiretta per disabili*, in *GI*, 2023, n. 10, pp. 2143-2150; con nota di A. DONINI, *L'applicazione indistinta del comportamento è discriminatoria se la malattia è riconducibile a disabilità*, in *RIDL*, 2023, n. 2, II, pp. 238-261; con nota di M. MOLÈ, *Un binomio che discrimina: la morbilità del lavoratore disabile e l'applicazione del periodo di comportamento breve. Parola alla contrattazione collettiva?*, in *DRI*, 2023, n. 3, pp. 819-825.

⁽²⁾ Per una rassegna dei diversi orientamenti registrati nelle corti interne si veda E. DAGNINO, *Comporto, disabilità e disclosure: note a margine di una querelle giurisprudenziale*, in *ADL*, 2023, n. 1, II, pp. 241-254.

⁽³⁾ Il riferimento è alle note sentenze CGUE, 11 aprile 2013, cause riunite C-335/11 e C-337/11, *HK Danmark*, e CGUE 18 gennaio 2018, causa C-270/16, *Ruiz Conejero c. Ferroser Servicios Auxiliares SA*. Per alcune considerazioni sull'evoluzione della nozione di disabilità nella giurisprudenza dell'Unione Europea si veda W. CHIAROMONTE, *L'inclusione sociale dei lavoratori disabili fra diritto dell'Unione europea e orientamenti della Corte di giustizia*, in *VTDL*, 2020, n. 4, pp. 897-921. Sui riflessi che l'evoluzione della nozione ha causato nell'ordinamento interno, soprattutto con riferimento alla risoluzione del rapporto di lavoro, si veda D. GAROFALO, *La risoluzione del rapporto di lavoro per malattia*, in *DRI*, 2023, n. 2, spec. pp. 375-385.

⁽⁴⁾ All'interno del secondo orientamento, si collocano le molte pronunce che hanno considerato come discriminatorio il licenziamento per superamento del periodo di comportamento del lavoratore affetto da malattia cronica, sulla base dell'assunto per cui la situazione di quest'ultimo sia a certe condizioni da ricondurre, ai fini dell'applicazione delle tutele in materia di discriminazioni, alla generale nozione di disabilità intesa quale nozione da valutare in ottica bio-psico-sociale. Per una rassegna delle sentenze di merito che hanno considerato la malattia cronica quale disabilità, si veda E. DAGNINO, *Malattie croniche e disciplina antidiscriminatoria: gli orientamenti della magistratura sulla durata del periodo di comportamento*, in *DRI*, 2023, n. 2, pp. 445-452.

a un lavoratore non disabile, il lavoratore disabile è esposto al rischio ulteriore di assenze dovute a una malattia collegata alla sua disabilità, e quindi soggetto a un maggiore rischio di accumulare giorni di assenza per malattia e di raggiungere i limiti massimi di cui alla normativa pertinente»⁽⁵⁾.

Logico corollario di questa affermazione, dunque, è la natura discriminatoria dell'applicazione al lavoratore disabile dell'ordinario periodo di comportamento. Il lavoratore affetto da disabilità, infatti, proprio perché soggetto ad un maggiore rischio, deve necessariamente godere, in materia di conservazione del posto, di una disciplina differenziata rispetto a quella ordinaria. Anche per il lavoratore disabile, però, nella costruzione della Cassazione, la previsione di un limite massimo ai giorni di assenza, non è di per sé discriminatoria, atteso che il legislatore e le parti sociali potrebbero discrezionalmente prevedere un tetto massimo «ai fini di combattere fenomeni di assenteismo per eccessiva morbilità», integrando, quindi, «una finalità legittima di politica occupazionale», con la precisazione che, in ogni caso, «tale legittima finalità deve essere attuata con mezzi appropriati e necessari, e quindi proporzionati, mentre la mancata considerazione dei rischi di maggiore morbilità 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»⁽⁶⁾.

È il caso di sottolineare che la pronuncia del 31 marzo 2023, n. 9095 non è rimasta isolata nel panorama della giurisprudenza di legittimità, poiché la Cassazione ha avuto modo, con le successive sentenze del 21 dicembre 2023, n. 35747, del 2 maggio 2024, n. 11731 e del 22 maggio 2024, n. 14316, di confermare il proprio orientamento. Allo stesso tempo, però, il dibattito giurisprudenziale sulla legittimità di un periodo di comportamento non differenziato per lavoratori disabili e non disabili non si è totalmente esaurito: l'art. 2110 c.c., in combinato con le clausole del CCNL Federalberghi, infatti, è stato oggetto di un'ordinanza di rinvio del Tribunale di Ravenna alla Corte di Giustizia⁽⁷⁾. In particolare, la questione pregiudiziale posta dal giudice remittente è volta a chiarire se la normativa interna che non prevede una disciplina differenziata in favore dei lavoratori disabili debba essere considerata in contrasto con la direttiva 2000/78/CE⁽⁸⁾.

⁽⁵⁾ Cass. 31 marzo 2023, n. 9095, cit., punto n. 20.

⁽⁶⁾ *Ivi*, punto n. 23.

⁽⁷⁾ Trib. Ravenna, 4 gennaio 2024, ord. di rinvio alla CGUE per causa n.r.g. 2023/732, disponibile su www.lavorodiritteuropa.it; per un commento si veda L. LA PECCERELLA, *Computabilità nel periodo di comportamento delle assenze per patologia inabilitante*, in *LDE*, 2024, n. 1, pp. 1-6.

⁽⁸⁾ L'ordinanza, a dire il vero, analizza molteplici questioni, arrivando a porre alla Corte di Giustizia cinque questioni relative a: se la disciplina del comportamento approntata dal CCNL Federalberghi potrebbe essere giudicata sufficientemente protettiva da poter trovare applicazione anche per i lavoratori disabili, senza alcuna differenziazione; se la disciplina in questione, ammettendo che integri una discriminazione indiretta, possa ritenersi comunque giustificata da una finalità legittima perseguita attraverso mezzi appropriati e necessari; se concedere un'aspettativa non retribuita ulteriore potrebbe essere ritenuto un accomodamento ragionevole; se invece potrebbe essere un accomodamento ragionevole l'estensione del periodo di comportamento retribuito; se il licenziamento debba considerarsi discriminatorio anche se gli individuati accomodamenti non avrebbero comunque consentito il rientro del lavoratore disabile. In definitiva, l'ordinanza evidenzia un «dubbio complessivo», relativo alla circostanza che, nell'ordinamento italiano, «potrebbe non apparire possibile una correzione “volante” e parziale ad opera della discriminazione indiretta, senza comportare un pregiudizio rilevante per gli altri interessi coinvolti, venendo in gioco l'impostazione generale del sistema (individuazione del periodo massimo di sospensione del rapporto, tutela della privacy del disabile, tutela del datore di lavoro in relazione all'elemento soggettivo nel momento del licenziamento, funzionamento della previdenza sociale), rimessa alla discrezionalità del legislatore, con la conseguenza che la normativa esistente potrebbe apparire sul punto necessitata» (punto 103).

Ad ogni modo, l'orientamento inaugurato dalla pronuncia della Cassazione ha dischiuso un importante spazio di nuovo intervento per la contrattazione collettiva – che notoriamente, ai sensi dell'art. 2110 c.c., determina il periodo di tempo per cui al lavoratore malato è garantita la conservazione del posto – a cui è affidato il compito di contemperare «l'interesse protetto dei lavoratori disabili (...) con la legittima finalità di politica occupazionale»⁽⁹⁾ di contenimento delle assenze. A tal fine, dunque, alle parti sociali è richiesto di individuare le «soluzioni ragionevoli per assicurare il principio di parità di trattamento dei disabili, garantito dall'art. 5 della direttiva 2000/78/CE»⁽¹⁰⁾.

Giova premettere che, in ogni caso, il principio affermato dalla Cassazione non è totalmente estraneo alla tradizione della contrattazione collettiva italiana. Già prima della decisione della Suprema Corte, infatti, seppur in maniera frammentaria e discontinua, l'autonomia collettiva non si era mostrata indifferente rispetto a particolari situazioni patologiche dei lavoratori, giacché, al momento della pubblicazione della sentenza, quasi la totalità dei contratti collettivi differenziava – attraverso le diverse tecniche della previsione di un'aspettativa non retribuita, dello scomputo dal calcolo del periodo di comporto di alcuni periodi di malattia oppure dell'attribuzione di permessi e congedi in occasione di specifici trattamenti terapeutici – il periodo di comporto in ragione delle condizioni soggettive dei lavoratori collegate allo stato di salute, richiamando le malattie croniche in generale o, più spesso, specifiche patologie⁽¹¹⁾. Le clausole collettive precedenti alla pronuncia della Cassazione, però, pur testimoniando una indubbia sensibilità delle parti sociali per la previsione di tutele differenziate in ragione delle condizioni di salute dei lavoratori, non sono in molti casi idonee a soddisfare quanto indicato dalla Corte di legittimità, dal momento che, per quanto ampi, i cataloghi relativi alle malattie e alle condizioni soggettive debilitanti per cui i contratti collettivi accordano un periodo di comporto differenziato non arrivano mai a ricomprendere l'intera categoria della disabilità⁽¹²⁾.

In questo scenario si colloca la sentenza della Cassazione, che, come anticipato, per quanto teoricamente dirimpente, non pare aver sortito rilevanti effetti nel panorama italiano delle relazioni industriali: osservando i rinnovi dei contratti nazionali sottoscritti dalle federazioni di categoria afferenti a Cgil, Cisl e Uil a partire dall'aprile del 2023 ad oggi, infatti, su 59 rinnovi raccolti nel periodo di riferimento, da un punto di vista meramente quantitativo, sono soltanto 10 ad intervenire in materia di comporto differenziato per i lavoratori affetti da disabilità. Bisogna tuttavia precisare che sono esclusi da tale stima i contratti collettivi che, pur apportando modifiche alle previsioni in materia di comporto differenziato per lavoratori affetti da particolari patologie, non hanno di fatto modificato la disciplina preesistente alla pronuncia della Cassazione, soprattutto con riferimento alla platea di lavoratori che possono fruire dell'estensione. È questo il caso, ad esempio, del CCNL Confprofessioni (16-03-2024, cod. Cnel H442), che si è limitato a non prevedere più che la trasmissione ad opera del lavoratore della documentazione sanitaria attestante la patologia sofferta sia condizione per il prolungamento di ulteriori 90 giorni – di cui possono fruire i lavoratori affetti da patologie oncologiche di rilevante gravità, ictus o sclerosi multipla gravemente invalidanti, distrofia

⁽⁹⁾ Cass. 31 marzo 2023, n. 9095, cit., punto n. 25.

⁽¹⁰⁾ *Ibidem*.

⁽¹¹⁾ Si veda sul punto S. CANEVE, *Lavoratori con patologie croniche e conservazione del posto di lavoro: le soluzioni presenti nella contrattazione collettiva*, in *DRI*, 2023, n. 2, pp. 515-522.

⁽¹²⁾ In questo senso anche E. DAGNINO, *La tutela del lavoratore malato cronico tra diritto vivente e (mancate) risposte di sistema*, in *DRI*, 2023, n. 2, p. 347.

muscolare o morbo di Cooley oppure sottoposti a trapianti chirurgici di organi vitali che ne determinano periodi di degenza ospedaliera – dell'ordinario periodo di comparto. Similmente, non è considerato nella presente analisi neanche il CCNL Penne e spazzole (27-09-2023, cod. Cnel D241), che non è intervenuto sulla nozione di disabilità, ma si è limitato ad elevare a 18 mesi il periodo di comparto già riconosciuto ai lavoratori affetti da alcune gravi patologie debitamente accertate e certificate (uremia cronica, talassemia ed emopatie sistematiche, neoplasie). Dal computo dei contratti collettivi che sono intervenuti in materia di comparto è escluso anche il CCNL Autostrade e trafori (18-07-2023, cod. Cnel I192), che, senza disporre differenziazioni in ordine alla durata del periodo di conservazione del posto, è intervenuto solo sul trattamento economico prevedendo, per i lavoratori gravati da talune patologie, la corresponsione della piena retribuzione per l'intero periodo, laddove la disciplina ordinaria prevede la corresponsione dell'intera retribuzione solo per la prima metà del comparto e del 75% per la seconda metà. Sono infine esclusi dal calcolo i contratti collettivi che hanno affrontato il tema unicamente in dichiarazioni a verbale sottoscritte dalle parti stipulanti, come è avvenuto per il CCNL Anfao (04-12-2023, cod. Cnel D271), nel quale le parti, in una specifica dichiarazione, si sono impegnate a «seguir[e] congiuntamente gli sviluppi nella giurisprudenza e nella prassi al fine di valutarne il recepimento». Nonostante fosse lecito attendersi il contrario, dunque, è da rilevare che sono stati numericamente pochi gli interventi delle parti sociali volti a recepire il nuovo orientamento giurisprudenziale in materia di comparto. Cionondimeno, risulta essenziale analizzare le prime previsioni approntate dall'autonomia collettiva per comprendere quali sono al momento le «soluzioni ragionevoli» individuate per contemperare la tutela del lavoratore disabile e la legittima finalità di limitazione dell'assenteismo e per verificarne la rispondenza rispetto al principio di diritto espresso dalla Cassazione.

2. Le clausole della contrattazione collettiva

Come rilevato in precedenza, soltanto poco più di un sesto dei rinnovi dei contratti nazionali di categoria stipulati da aprile 2023 ad oggi dalle federazioni sindacali afferenti a Cgil, Cisl e Uil è intervenuto nel solco tracciato dalla pronuncia della Cassazione introducendo o modificando la platea dei destinatari di un comparto differenziato. Si tratta, in ordine di stipula, dei seguenti 10 contratti collettivi nazionali di categoria: CCNL Assopellettieri (26-05-2023, cod. Cnel D111); CCNL Trasporto aereo (Assohandlers) (25-10-2023, cod. Cnel I810); CCNL Abi (23-11-2023, cod. Cnel J241); CCNL Federcasse (dirigenti) (30-11-2023, cod. Cnel J281); CCNL Federcasse (quadri direttivi e personale delle aree professionali) (07-12-2023, cod. Cnel J271); CCNL Confederazione Italiana dello Sport (Confcommercio) (12-01-2024, cod. Cnel H077); CCNL Anpas e Misericordie (02-02-2024, cod. Cnel T182); CCNL Federalimentare (01-03-2024, cod. Cnel E012); CCNL Unic (07-03-2024, cod. Cnel B101); CCNL Cooperative alimentari (14-05-2024, cod. Cnel E016).

Ad una prima esplorazione, è possibile rilevare che si tratta di disposizioni contrattuali piuttosto eterogenee, che, nella maggior parte dei casi, si risolvono in semplici manutenzioni delle preesistenti discipline sul comparto differenziato per i lavoratori affetti da gravi patologie, mentre, soltanto in pochi casi, consentono di registrare la

volontà delle parti stipulanti di recepire il nuovo orientamento emerso dalla giurisprudenza.

Sono in particolare due i profili in base ai quali è possibile classificare i diversi interventi della contrattazione collettiva: da un lato, la definizione della platea di lavoratori che possono fruire del comparto differenziato; dall'altro l'individuazione delle tecniche con cui le parti sociali hanno inteso realizzare la differenziazione in ordine al periodo di conservazione del posto in favore del lavoratore gravato da particolari condizioni soggettive. Accanto a questi aspetti, considerati in una certa misura in tutti i contratti collettivi esaminati, in alcuni casi ci sono anche ulteriori previsioni, volte a costruire un più articolato sistema di tutele in favore del lavoratore disabile.

2.1. I destinatari del comparto differenziato

Avviando l'analisi dalla platea di riferimento dei lavoratori che possono fruire di un periodo di comparto differenziato, si registra nelle clausole collettive una estrema varietà di previsioni, comunque riconducibili a due principali tendenze. Accanto alle previsioni che, pur modificando le condizioni soggettive richieste ai fini dell'estensione del periodo di comparto, si limitano ad allargare le maglie dei preesistenti cataloghi di patologie in presenza delle quali il lavoratore può accedere alla tutela differenziata, si collocano alcune clausole contrattuali che cercano, con differenti modalità, di recepire le indicazioni della giurisprudenza, non riferendosi alle sole malattie, ma utilizzando differenti nozioni di disabilità.

Sul primo versante, appaiono piuttosto ridotte le modifiche previste dai CCNL Federcasse: sia il contratto dei dirigenti sia quello dei quadri direttivi e del personale delle aree professionali considerano tra i beneficiari del comparto differenziato, già previsto per alcune categorie di lavoratori affetti da gravi patologie, i lavoratori soggetti a ricovero ospedaliero o con accertata necessità di cura, nonché i lavoratori affetti da malattie oncologiche, malattie cardiovascolari, sindrome da immunodeficienza acquisita, patologie genetiche degenerative, patologie neurodegenerative e insufficienza renale cronica. Similmente, il CCNL Confederazione Italiana dello Sport (Confcommercio) considera tra i fruitori del comparto differenziato, in precedenza accordato ai soli dipendenti affetti da tubercolosi, i lavoratori affetti da malattie gravi ed invalidanti, quali, a titolo esemplificativo, le malattie oncologiche la sclerosi multipla, la distrofia muscolare nonché i lavoratori soggetti ad emodialisi e ricoveri ospedalieri per trapianti. Più generali le nozioni accolte dai CCNL Anpas e Misericordie e Assopellettieri, che limitano la possibilità di godere del comparto differenziato, il primo, ai lavoratori affetti da «patologie gravi che richiedono terapie salvavita e patologie cronico degenerative ingravescenti» e, il secondo, ai lavoratori affetti da «gravi patologie, comprese quelle oncologico e degenerative». Simile a queste clausole è anche la previsione del CCNL Trasporto aereo (Assohandlers), che considera anche le patologie che «abbiano comportato il riconoscimento di uno status di disabilità, sopravvenuta all'instaurazione del rapporto di lavoro, certificato dagli enti competenti e pari ad almeno il 60%».

Discorso diverso, invece, è quello che interessa i quattro contratti collettivi che sono intervenuti provando ad ampliare, in accordo con la pronuncia della Cassazione, il novero di lavoratori che possono fruire del comparto differenziato tramite il recepimento della nozione di disabilità. Questi contratti, infatti, utilizzano quale criterio distintivo tra

comporto ordinario e prolungato non più l'insorgenza di una specifica malattia, bensì l'accertamento di una disabilità.

Tra questi, il primo ad intervenire è stato il CCNL Abi, che ha previsto l'estensione del periodo di comporto in tutti i casi di «disabilità riconosciuta ai sensi dell'art. 3, comma 3, legge 5 febbraio 1992, n. 104». In questo modo, dunque, il contratto collettivo del settore del credito ha inteso estendere il periodo di comporto in tutti i casi in cui il lavoratore presenti compromissioni – che ai sensi del co. 1 della stessa disposizione sono da intendere come compromissioni fisiche, mentali, intellettive o sensoriali che ne ostacolino la piena ed effettiva partecipazione nei diversi contesti di vita su base di uguaglianza con gli altri – che ne abbiano «ridotto l'autonomia personale, (...) in modo da rendere necessario un intervento assistenziale permanente, continuativo e globale nella sfera individuale o in quella di relazione».

Adottano una diversa soluzione i CCNL Federalimentare e Cooperative alimentari, che, con due disposizioni identiche, hanno previsto l'estensione del periodo di comporto in favore dei lavoratori con disabilità certificata ai sensi della Legge 12 marzo 1999, n. 68. Le clausole previste dai contratti dell'industria e delle cooperative alimentari, dunque, ancorano la definizione di lavoratore disabile a quella utile per il collocamento dei disabili, fornita dall'art. 1, co. 1 della stessa Legge n. 68/1999.

Peculiare, infine, la previsione del CCNL Unic, che riconosce l'estensione del periodo di comporto in favore dei lavoratori affetti «da una condizione patologica causata da una malattia diagnosticata come curabile o incurabile, che comporti una limitazione, risultante da menomazioni fisiche, mentali, psichiche, in grado di ostacolare la piena ed effettiva partecipazione del lavoratore alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori e che sia di lunga durata». Questa previsione, che risulta indubbiamente influenzata dalla giurisprudenza eurounitaria⁽¹³⁾, accorda la tutela differenziata in tutti i casi i cui la condizione patologica del lavoratore ne impedisca la piena partecipazione alla vita professionale, adottando una nozione di disabilità certamente più ampia di quelle finora analizzate.

2.2. Le tecniche di tutela

Venendo al secondo ambito di intervento ad opera della contrattazione collettiva, relativo alle tecniche e agli strumenti con cui le parti sociali hanno inteso realizzare la differenziazione in favore del lavoratore gravato da particolari condizioni soggettive in ordine al periodo di conservazione del posto, si registrano diverse tendenze.

Un primo gruppo di contratti collettivi realizza l'estensione del periodo di comporto ricorrendo all'aspettativa non retribuita: in questi casi, quindi, al comporto ordinario è semplicemente aggiunto un periodo di conservazione del posto in cui il lavoratore non percepisce la retribuzione. È il caso, ad esempio, dei CCNL Federalimentare e Cooperative alimentari, che prevedono un periodo di 90 giorni durante i quali il lavoratore non percepisce la retribuzione né decorre l'anzianità di servizio. Sul punto, è da segnalare che la già citata ordinanza di rinvio alla Corte di Giustizia emessa dal giudice di Ravenna ha investito la Corte dell'Unione del compito di pronunciarsi sulla compatibilità con il diritto eurounitario di una previsione che accordi quale tutela differenziata per il

⁽¹³⁾ Il riferimento è alla citata CGUE, 11 aprile 2013, cause riunite C-335/11 e C-337/11, *HK Danmark*, n. 41, che nella riconduzione a disabilità anche di alcune malattie curabili o incurabili, si esprime con tali parole.

lavoratore affetto da disabilità la mera aspettativa non retribuita. Se, da un lato, l'aspettativa non retribuita, dovendo essere richiesta dal lavoratore, non porrebbe per il Tribunale remittente peculiari problemi per quanto attiene alla tutela della riservatezza del dipendente circa le proprie condizioni di salute, dall'altro è da verificare che tale strumento possa essere reputato sufficiente per evitare la discriminazione indiretta del lavoratore disabile ⁽¹⁴⁾.

Una seconda strada è quella individuata, ad esempio, dal CCNL Assopellettieri, che aumenta di 2 mesi il periodo di comporto in presenza delle patologie individuate dallo stesso contratto collettivo, portandolo da 13 a 15 mesi complessivi. Similmente, anche il CCNL Unic estende da un minimo di 2 ad un massimo di 4 mesi, a seconda dell'anzianità del lavoratore interessato, il periodo di comporto. Peculiare quanto disposto dal CCNL Abi, che prevede che il comporto differenziato sia realizzato mediante un aumento del 50% del periodo di comporto ordinario stabilito per il singolo lavoratore in base all'anzianità e, comunque, che vada da un minimo di 12 mesi ad un massimo di 30 mesi. La maggior parte dei contratti, però, prevede una combinazione delle due tecniche, prevedendo un'estensione sia del periodo di comporto (dal 50% del CCNL Trasporto Aereo (Assohandlers) all'80% previsto dai due contratti collettivi di Federcasse) sia di quella non retribuita (di ulteriori 12 mesi rispetto al periodo ordinario sia per il contratto del Trasporto aereo sia per i contratti Federcasse).

Un'ultima soluzione, infine, attiene allo scorporo delle assenze per periodi di malattia: è il caso del CCNL Anpas e Misericordie, che prevede che le assenze legate alle patologie individuate dal contratto collettivo non concorrano al raggiungimento del limite del periodo di conservazione.

Da segnalare, infine, sono altre due clausole contrattuali, volte ad integrare le diverse discipline sin qui illustrate.

La prima, in materia di tutela della riservatezza, riguarda il CCNL Unic, che prevede che, in virtù dei «principi di buona fede nel rapporto contrattuale di lavoro», l'estensione del periodo di comporto possa trovare applicazione solo se «il lavoratore, fermo restando l'assoluto rispetto della normativa cogente in materia di privacy, abbia comunicato in anticipo al datore di lavoro la natura invalidante della malattia in grado di giustificare l'estensione del termine di garanzia posto». Sul punto, è stato sottolineato dalla giurisprudenza come la conoscenza o conoscibilità delle condizioni soggettive del lavoratore si ponga, rispetto all'adozione degli accomodamenti ragionevoli, «su di un piano logico, in modo immediatamente antecedente» ⁽¹⁵⁾. La previsione del CCNL Unic, dunque, mira a garantire un bilanciamento tra la tutela del lavoratore disabile e la disciplina in materia di riservatezza, poiché subordina l'estensione del periodo di comporto all'effettiva conoscibilità della condizione soggettiva del lavoratore da parte del datore di lavoro, sottolineando l'importanza degli obblighi di buona fede e correttezza nell'esecuzione del rapporto di lavoro ⁽¹⁶⁾. In realtà, però, la più recente giurisprudenza di legittimità, proprio nella ricerca del bilanciamento tra la tutela del lavoratore disabile e la necessità di non incorrere in forme di responsabilità oggettiva del datore di lavoro,

⁽¹⁴⁾ Sono molte, infatti, le sentenze che hanno previsto obblighi più incisivi in capo al datore di lavoro, benché comunque caratterizzati da una non eccessiva onerosità. Per una rassegna della giurisprudenza di merito sul tema si veda, *ex multis*, M. SALVAGNI, *Il "prisma" delle soluzioni giurisprudenziali in tema di licenziamento del disabile per superamento del comporto: discriminazione indiretta, clausole contrattuali nulle, onere della prova e accomodamenti ragionevoli*, in *LPO*, 2023, nn. 3-4, pp. 239-241

⁽¹⁵⁾ Cass., 22 maggio 2024, n. 14316, punto n. 28.

⁽¹⁶⁾ Soluzioni simili sono suggerite da A. MARESCA, *Disabilità e licenziamento per superamento del periodo di comporto*, in *LDE*, 2024, n. 2, p. 7.

ha avuto modo di precisare, discostandosi parzialmente da un precedente orientamento che riteneva che la discriminazione operasse in tutti i casi obiettivamente e a prescindere dalla volontà illecita del datore di lavoro di discriminare, che sussiste in capo al datore, prima di adottare il provvedimento di licenziamento per superamento del periodo di comporto, l'onere di acquisire informazioni circa l'eventualità che le assenze siano connesse alla condizione di disabilità (a cui comunque non può corrispondere un comportamento ostruzionistico da parte del lavoratore) ⁽¹⁷⁾. In questo senso, dunque, la clausola del CCNL Unic potrebbe apparire come riduttiva, poiché accorda l'estensione del periodo di comporto ai soli casi in cui il lavoratore abbia comunicato al datore la propria condizione soggettiva, ma non considera la possibilità per cui il datore, adottando comportamenti diligenti, avrebbe comunque potuto rendersi edotto circa lo stato di salute del dipendente.

La seconda clausola da evidenziare riguarda l'obbligo posto in capo al datore di lavoro, previsto con due disposizioni identiche dal CCNL Federalimentare e dal CCNL Cooperative alimentari, di dare informazione al lavoratore del superamento del limite del periodo di conservazione del posto con un anticipo di almeno 48 ore e, in ogni caso, almeno 48 ore prima dell'adozione del provvedimento di licenziamento per superamento del periodo di comporto. Una simile previsione, già presente in altri CCNL, dimostra indubbiamente l'attenzione che le parti collettive del settore alimentare hanno dedicato alla tutela della condizione di disabilità, anche in relazione agli sviluppi che si sono registrati nel recente dibattito giurisprudenziale. Proprio la più attenta giurisprudenza ⁽¹⁸⁾, infatti, non ha mancato di sottolineare che la comunicazione dell'imminente superamento del periodo di comporto nei confronti del dipendente disabile, poiché pone il lavoratore in condizione di fruire dell'estensione del periodo di comporto o dell'aspettativa, sia espressione dei generali principi di correttezza e buona fede. Da ciò, dunque, deriva che la mancata comunicazione dell'imminente superamento del periodo di comporto rappresenta una violazione dell'obbligo di approntare accomodamenti ragionevoli volti a garantire l'estensione della conservazione del posto in favore del lavoratore disabile e, pertanto, si risolverebbe una condotta discriminatoria.

3. Considerazioni conclusive

A margine della presente analisi, è possibile constatare che, ad un anno dalla pubblicazione della pronuncia della Cassazione, il panorama della contrattazione collettiva non offre ancora scenari particolarmente limpidi.

Al dato quantitativo poco incoraggiante – che testimonia che soltanto pochissimi contratti collettivi hanno provato a cogliere la sfida posta dalla Suprema Corte in materia di comporto per i disabili – si affianca anche l'eterogeneità delle soluzioni proposte dalle parti collettive, che restituiscono tutte le difficoltà del dialogo tra la giurisprudenza e la contrattazione collettiva.

Sono forti, in particolare, i dubbi sulle clausole che, pur confermando il rinnovato interesse delle parti sociali per la previsione di tutele differenziate in ragione delle

⁽¹⁷⁾ Cass., 22 maggio 2024, n. 14316, spec. punto n. 39.

⁽¹⁸⁾ Si veda, da ultimo, App. Trento 6 luglio 2023, n. 8, con nota di S. CANEVE, *La comunicazione dell'imminente superamento del periodo di comporto quale accomodamento ragionevole*, in *LG*, 2024, n. 4, pp. 401-408.

specifiche condizioni soggettive dei lavoratori, accordano la possibilità di fruire del comportamento differenziato solo ai lavoratori affetti da determinate patologie, non discostandosi dalla tradizionale tendenza della contrattazione collettiva che subordina l'estensione del comportamento al manifestarsi di uno stato di malattia qualificato⁽¹⁹⁾. In questi casi, dunque, non pare che le parti collettive abbiano colto in profondità tutte le novità del recente dibattito giurisprudenziale: la limitazione della fruizione del comportamento differenziato ai soli casi di malattia espressamente considerata dai cataloghi approntati dai contratti collettivi, infatti, appare riduttiva rispetto alla nuova nozione di disabilità da valutare in ottica bio-psico-sociale inaugurata dalla giurisprudenza eurounitaria e fatta propria anche dalla Cassazione⁽²⁰⁾. Rileva poi, rispetto a questo gruppo di contratti collettivi, il fatto che la patologia debba essere sorta in costanza di rapporto di lavoro, non consentendo di fruire dell'estensione del rapporto ai lavoratori la cui condizione soggettiva era già nota e accertata al tempo dell'instaurazione del rapporto di lavoro. Tali lavoratori, dunque, poiché maggiormente soggetti al rischio di accumulare assenze connesse alla loro specifica condizione soggettiva delineato da ultimo dalla pronuncia della Suprema Corte, potrebbero lamentare una discriminazione indiretta nei loro confronti nel caso in cui non sia loro accordata la possibilità di fruire del periodo di comportamento differenziato.

Differenti sono invece i rilievi da muovere nei confronti dei quattro contratti collettivi che hanno scelto di fare riferimento alla nozione di disabilità.

In tre casi i contratti collettivi non adottano la nozione "ampia" propria della disciplina antidiscriminatoria, ma rinviano a quella più limitata fornita dall'art. 3, co. 3 Legge n. 104/1992 (CCNL Abi)⁽²¹⁾ oppure dalla Legge n. 68/1999 (CCNL Federalimentare e CCNL Cooperative alimentari). Queste nozioni di disabilità, per quanto disancorate rispetto all'insorgenza dello stato di malattia, potrebbero però apparire fin troppo restrittive, riguardando unicamente, nel primo caso, i lavoratori la cui autonomia personale sia significativamente ridotta, e che quindi sono interessati dalla tutela assistenziale e di integrazione sociale, e, nel secondo, i soggetti destinatari della normativa in materia di collocamento mirato. Sia nel caso del CCNL Abi sia in quello dei CCNL Federalimentare e Cooperative alimentari, dunque, risulta evidente che le parti collettive abbiano inteso limitare l'accesso al comportamento differenziato non a tutto lo spettro dei lavoratori affetti da disabilità a cui potrebbe essere accordata la tutela antidiscriminatoria, ma soltanto ai sottoinsiemi considerati dalle citate discipline. Una tale soluzione, però, potrebbe risultare dubbia rispetto al principio di diritto espresso dalla

⁽¹⁹⁾ Si veda quanto osservato da S. CANEVE, *Lavoratori con patologie croniche e conservazione del posto di lavoro: le soluzioni presenti nella contrattazione collettiva*, cit., pp. 519-520.

⁽²⁰⁾ In questo senso E. DAGNINO, *op. ult. cit.*, p. 354, che rileva come l'approccio al tema della disabilità imperniato sulla condizione di malattia sia «meramente "reattivo"» e limitante nell'inquadramento della stessa nozione di disabilità. Sulla ristrettezza dell'angolo visuale che si assume focalizzandosi solo sulla malattia, si veda M. TIRABOSCHI, *Salute e lavoro: un binomio da ripensare. Questioni giuridiche e profili di relazioni industria*, in *DRI*, 2023, n. 2, pp. 229-276, e, in relazione alla disabilità, spec. p. 254, là dove sottolinea che «le malattie croniche (...) non necessariamente coincid[ono] con la disabilità».

⁽²¹⁾ In tal caso va altresì precisato che, anche considerando il rinvio attuato dal contratto collettivo come mobile – e dunque soggetto alle modificazioni della disposizione legale a cui si riferisce – la nozione di disabilità a cui fa riferimento il CCNL Abi apparirebbe la stessa nonostante la riscrittura dell'art. 3, co. 3 L. n. 104/1992 ad opera dell'art. 3 D. Lgs. 3 maggio 2024, n. 62. La clausola del CCNL Abi, infatti, continuerebbe a fare riferimento ai soli lavoratori che presentano una compromissione fisica, mentale, intellettuale o sensoriale che ne «abbia ridotto l'autonomia personale, correlata all'età, in modo da rendere necessario un intervento assistenziale permanente, continuativo e globale nella sfera individuale o in quella di relazione».

decisione della Cassazione, che, invece, aveva assunto come nozione di disabilità quella, più estesa, utile ai fini dell'accesso alla tutela antidiscriminatoria.

Un caso isolato è rappresentato dal CCNL Unic, nella cui clausola in materia di comparto differenziato riecheggia la nozione di disabilità elaborata dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea nella nota sentenza *HK Danmark*. In quel caso, infatti, la Corte ha espressamente considerato 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, una siffatta malattia può ricadere nella nozione di “handicap” ai sensi della direttiva 2000/78»⁽²²⁾. Il contratto collettivo della conceria, però, mirando a ricalcare quanto affermato dalla pronuncia *HK Danmark*, assume una diversa sfumatura, giacché, invertendo i termini della proposizione, accorda la tutela differenziata solo ai lavoratori affetti da una malattia che comporta una limitazione qualificata, una casistica che, però, non esaurisce l'intera area della disabilità per come definita dalla direttiva 2000/78: quella della Corte di Giustizia era stata, infatti, una interpretazione estensiva volta ad includere anche le malattie nel novero delle condizioni riconducibili a disabilità, mentre l'effetto della clausola collettiva del CCNL Unic rischia di essere quello di considerare rilevanti solo tali stati patologici.

Ancora più problematica, poi, pare la questione in ordine alle effettive «soluzioni ragionevoli» che la contrattazione collettiva è chiamata ad adottare per evitare le discriminazioni del lavoratore disabile. Da questo punto di vista, appare necessario domandarsi se quelle individuate possano essere identificate quali «soluzioni ragionevoli» secondo quanto richiesto anche dalla Cassazione. Sul punto, infatti, l'esigenza di garantire un livello di tutela sufficiente, che potrebbe non essere soddisfatto da una mera aspettativa non retribuita, potrebbe scontrarsi con l'impossibilità di prevedere obblighi non ragionevoli in capo al datore di lavoro. Si tratta di un tema sollevato anche dalla citata ordinanza del Tribunale di Ravenna, che ha avanzato perplessità in ordine alla tecnica dello scomputo e a quella del prolungamento del periodo di comparto retribuito, che, per il giudice remittente, potrebbero gravare di obblighi che eccedono la ragionevolezza il datore di lavoro⁽²³⁾, che, complice la tutela della riservatezza del lavoratore, ben potrebbe essere ignaro della condizione soggettiva del dipendente. Tale conclusione, però, parrebbe basarsi sulla preminenza che il giudice *a quo* riconosce alla tutela della riservatezza rispetto alla tutela del lavoratore disabile⁽²⁴⁾, fornendo un'interpretazione che, se portata alle estreme conseguenze, arriverebbe al paradossale effetto di vanificare qualsiasi tutela per il lavoratore inidoneo⁽²⁵⁾.

È in ogni caso da rilevare che proprio la questione pregiudiziale sollevata dal Tribunale di Ravenna potrebbe aver rappresentato una delle cause del mancato diffuso accoglimento da parte della contrattazione collettiva dell'invito della Cassazione all'adeguamento delle previsioni in materia di comparto differenziato, dal momento che ha contribuito a gettare

⁽²²⁾ CGUE, 11 aprile 2013, cause riunite C-335/11 e C-337/11, *HK Danmark*, n. 41.

⁽²³⁾ Trib. Ravenna, 4 gennaio 2024, ord. di rinvio alla CGUE per causa n.r.g. 2023/732, cit., punti nn. 95-100.

⁽²⁴⁾ *Ivi*, spec. punti nn. 84-88, dove si afferma che, poiché nell'ordinamento italiano non è consentito al datore di lavoro di violare la riservatezza del dipendente per conoscere la condizione di disabilità ed i suoi effetti sulle assenze per malattia, «le esigenze di tutela della disabilità mediante l'applicazione di un ipotetico regime differenziato di vantaggio e le esigenze di tutela della privacy medica del disabile potrebbero apparire inconciliabili».

⁽²⁵⁾ In questo senso, A. MARESCA, *op. cit.*, p. 12.

un'ombra di incertezza sull'intero sistema di tutela approntato dal diritto interno in materia di conservazione del posto in favore del lavoratore disabile. Una pronuncia della Corte di Giustizia, infatti, potrebbe impattare ancora più incisivamente di quanto ha fatto la sentenza della Cassazione, indicando alla contrattazione collettiva – che, per come è strutturato il sistema italiano, è tenuta a definire la durata del periodo di conservazione del posto – quali potrebbero essere le soluzioni ragionevoli idonee ad evitare le discriminazioni.

Fino ad allora, però, il compito di individuare gli opportuni equilibri tra le diverse esigenze resta affidato all'autonomia collettiva, chiamata a operare discrezionalmente il bilanciamento tra i diversi valori che vengono in gioco secondo gli insegnamenti della giurisprudenza della Suprema Corte. Se pare che le clausole adottate fino ad ora non siano pienamente soddisfacenti rispetto al principio di diritto espresso dalla Cassazione, è necessario ribadire che la sfida di prevedere «soluzioni ragionevoli» non standardizzate per rispondere ai nuovi bisogni emergenti legati alle trasformazioni demografiche ⁽²⁶⁾ è comunque nelle mani delle parti sociali, che, proprio in virtù dell'importanza dei cambiamenti che stanno interessando la società, saranno sempre più sollecitate ad intervenire in materia: a loro, dunque, spetterà di cogliere questa sfida individuando misure efficaci e adattabili ai vari contesti di lavoro.

⁽²⁶⁾ Si veda M. TIRABOSCHI, *op. cit.*, spec. pp. 255-256.