



Numero 3 / 2023

M.B. PAGANI e P.B. PASQUALICCHIO

Discriminazione e disabilità

Discriminazione e disabilità

Maria Beatrice PAGANI¹

Dottoranda in Lavoro, Sviluppo e Innovazione, Università di Modena e Reggio Emilia, Fondazione "Marco Biagi"

Pierluca Baldassarre PASQUALICCHIO²

Dottorando in Lavoro, Sviluppo e Innovazione, Università di Modena e Reggio Emilia, Fondazione "Marco Biagi".

L'elaborato si propone di approfondire il complesso rapporto tra discriminazione e disabilità, elementi di difficile e mutevole definizione, cercando di agevolare un nuovo approccio alla diversità.

A seguito di una prima riflessione sulla base delle fonti nazionali e sovranazionali, includendo anche una riflessione su quanto disposto dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, si cercherà di osservare il tema nel mondo del lavoro, uno tra gli ambiti strategici per innescare mutamenti sociali. Nello specifico saranno approfondite recenti pronunce della Corte di Cassazione in tema di malattia, periodo di comportamento e licenziamento.

The paper aims to deepen the complex relationship between discrimination and disability, elements of difficult and changing definition, trying to facilitate a new approach to diversity.

After a first reflection on the basis of national and supranational sources, including a reflection on the provisions of the National Recovery and Resilience Plan, will be considered the world of work as a strategic framework for triggering social changes. In particular, will be examined recent judgments of the Court of Cassation on the subject of medical leave, protected period and termination of employment.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Discriminazione e disabilità nelle fonti sovranazionali. 3. Discriminazione e disabilità nelle fonti interne. – 4. La tutela del disabile e la nozione di “*accomodamento ragionevole*.” – 5. Licenziamento per superamento del periodo di comportamento e disabilità: due recenti pronunce. – 6. Conclusioni.

¹ Ha scritto i paragrafi 1, 2, 3.

² Ha scritto i paragrafi 4, 5 e 6.

1. Premessa

Le discriminazioni e, in particolare, le discriminazioni per disabilità vanno completamente eliminate, sia attraverso la predisposizione di divieti che tramite l'attuazione di azioni positive, affinché si possa trattare di una società realmente giusta ed inclusiva, capace non solo di riconoscere dei diritti ma anche di garantirli e di renderli effettivi³. Sebbene la questione andrebbe risolta anche solo se una persona si trovasse in tale situazione, si osserva che solo nell'Unione europea sono 87 milioni (1 su 4) le persone con disabilità di vario genere e il divario pare ancora ampio se si considera, ad esempio, che il 50% di queste è in uno stato di disoccupazione (contro il 25% delle persone che non vivono questa condizione)⁴.

Il contributo si propone di approfondire il rapporto tra discriminazioni e disabilità concentrandosi nello specifico sul contesto del mercato del lavoro, uno degli ambiti strategici affinché si possa innescare un mutamento sociale che ponga la persona al centro e mostri la diversità, in generale, e la disabilità, nello specifico, come una risorsa⁵.

Verrà tracciato dunque un quadro di riferimento, tentando di dare una sistematicità ad una materia oggetto di frequenti stratificazioni e mutamenti⁶, a partire dalla definizione dei concetti di discriminazione e di disabilità per poi proporre un *excursus* delle principali fonti sovranazionali e nazionali sul tema, per concludere infine con un approfondimento sui temi dell'accomodamento ragionevole e su due importanti pronunce relative la disciplina del periodo di comporta.

2. Discriminazione e disabilità nelle fonti sovranazionali

³ “[...] è dibattuto, anche a livello di Corte di Giustizia UE, se e/o fino a che punto esse siano legittime o costituiscano invece (come nel caso *Kalanke*, poi in parte corretto dal caso *Marshall*) discriminazioni alla rovescia a danno dei lavoratori di sesso maschile”. R. DEL PUNTA, *Diritto del lavoro*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2023, p. 627 e ss.; R. DEL PUNTA, *La sospensione del rapporto di lavoro: malattia, infortunio, maternità, servizio militare. Artt. 2110-2111*, in P. Schlesinger, F.D. Busnelli (diretto da), *Il Codice civile. Commentario*, Milano, 1992, p. 364-370.

S. VANTIN, *Riflessioni conclusive*, intervento al ciclo di seminari “*Sulla giustizia. Vecchie e nuove sfide al diritto*”, Università degli studi di Bologna, 3 marzo 2022.

⁴ COMMISSIONE EUROPEA, *Occupazione, affari sociali e inclusione. Persone con disabilità*, in www.europa.eu; CONSIGLIO EUROPEO, *Infografica – Disabilità nell'UE: fatti e cifre*, 2022, in www.europa.eu

⁵ F. MALZANI, *Dal collocamento mirato al diversity management. Il lavoro dei disabili tra obbligo e inclusione nella prospettiva di genere*, in *RDDS*, n. 4, 2019, pp. 717 – 740; R. SANTUCCI, *La promozione dell'occupazione per arricchirsi delle “diversità delle persone con “disabilità”*, in AA.VV., *Un ponte tra università e il mondo del lavoro per l'inclusione e la vita indipendente*, a cura di M. PAVONE, A. ARENGHI, E. BORGOGNONI, F. FERRUCCI, E. GENOVESE, A. PEPINO, Franco Angeli, Milano, 2022 pp. 103 – 114; C. GIRELLI, C. RIBUL MORO, *Disability manager o disability management? Una prospettiva inclusiva per il mondo del lavoro*, in *Educare.it*, n. 1, 2019, pp. 19 - 22.

⁶ AA.VV., *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, a cura di M. BARBERA, Giuffrè, Milano, 2007; AA.VV., *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, a cura di M. BARBERA, A. GUARISO, Giappichelli, Torino, 2019; M. BARBERA, *Le nuove dimensioni della disegualianza e le risposte del diritto antidiscriminatorio*, in *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado: Revista de estudios sobre ciencias del trabajo y protección social*, n. 5, 2022, pp. 29 - 41; E. FALLETTI, *Algoritmi: la discriminazione non è uguale per tutti*, in *LDE*, n. 2, 2023 pp. 3 – 14.

Si tratta di discriminazioni quando si realizzano “*diversificazioni inique*”⁷, dunque con obiettivi illegittimi, adottando mezzi non appropriati e non necessari, oltre che non fondate su requisiti essenziali, ad esempio, allo svolgimento della prestazione lavorativa⁸. Si tratta di vere e proprie violazioni dei diritti umani, tanto che il principio di non discriminazione risulta essere il *fil rouge* che guida diversi documenti sovranazionali e nazionali sul tema.

Emblematico risulta essere l’articolo 7 della Dichiarazione universale dei diritti umani che non si limita a sancire l’uguaglianza dinanzi alla legge, ma anche il diritto ad “*una eguale tutela contro ogni discriminazione che violi la presente Dichiarazione come contro qualsiasi incitamento a tale discriminazione*”⁹.

Si nota che la volontà o meno di attuare una condotta discriminatoria non è un elemento rilevante, affinché si possa compiutamente parlare di discriminazione è essenziale però che tra le caratteristiche su cui si fonda la diversificazione vi sia almeno una delle seguenti: sesso, genere, razza, origine etnica, religione, convinzioni personali, disabilità, età e orientamento sessuale¹⁰.

A proposito della caratteristica qui di interesse, ossia della disabilità, pare opportuno precisare che la prospettiva con cui è stata affrontata la definizione di tale situazione si è evoluta nel tempo, superando quell’approccio abilista che vedeva in maniera dicotomica non abilità e abilità senza ampliare la propria visione riflettendo sul ruolo che il contesto circostante, materiale e immateriale, può assumere¹¹. A questo proposito è stata essenziale la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, che appunto ha come obiettivo la promozione e la garanzia del pieno ed eguale godimento di tutti i diritti umani e di tutte le libertà fondamentali da parte delle persone con disabilità e la promozione del rispetto per la loro intrinseca dignità, e che ha adottato una nuova prospettiva verso la condizione in esame. Nello specifico la Convenzione, “*riconoscendo che la disabilità è un concetto in evoluzione e che la disabilità è il risultato dell’interazione tra persone con menomazioni e barriere comportamentali e ambientali, che impediscono la loro piena ed effettiva partecipazione alla società su base di uguaglianza con gli altri*”¹², intende per persone con disabilità “*coloro che presentano durature menomazioni fisiche, mentali, intellettive o sensoriali che in interazione con barriere di diversa natura possono ostacolare la loro piena ed effettiva partecipazione nella società su base di uguaglianza con gli altri*”. Si

⁷ D. IZZI, *Discriminazione senza comparazione? Appunti sulle direttive comunitarie di seconda generazione*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2003, fasc. 99-100, pp. 423 – 432.

⁸ AGENZIA DELL’UNIONE EUROPEA PER I DIRITTI FONDAMENTALI, *Manuale di diritto europeo della non discriminazione*, Vienna, 2010; Art. 25, *Decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198, Codice delle pari opportunità tra uomo e donna, a norma dell’articolo 6 della legge 28 novembre 2005, n. 246*, come modificato dalla legge 162/2021, in www.normattiva.it; CORTE DI CASSAZIONE, SEZ. LAV., *sentenza del 25 luglio 2019, n. 20204*, in www.giustizia.it; F. SAVINO, *Differenze di trattamento e giustificazioni legittime nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *LD*, 2004 fasc. 3-4, pp. 571 – 592.

⁹ Articolo 7, *Dichiarazione universale dei diritti umani*, in www.ohchr.org

¹⁰ A. VALLEBONA, *Breviario di diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2023, pp. 310 - 314; D. IZZI, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, *cit.*

¹¹ R. MEDEGHINI, *Quale inclusione? Quali servizi nella prospettiva inclusiva? Una lettura attraverso i Disability studies Italy*, in AA.VV., *Inclusione sociale e disabilità*, a cura di R. MEDEGHINI, G. VADALÀ, W. FORNASEA, A. NUZZO, Erckson, Trento, 2013, pp. 6 - 13; A. SCAVARDA, *Quale sociologia della disabilità? Per una proposta teorica post-convenzionale allo studio della disabilità*, in *Quaderni di teoria sociale*, n. 2, 2021, pp. 183 – 205.

¹² Preambolo, lett. e), *Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità*, in www.esteri.it

rendono necessarie, dunque, diverse misure, tra cui le progettazioni universali e, qualora queste non fossero possibili, l'accomodamento ragionevole¹³.

Sebbene non vi sia dedicato un apposito obiettivo, tra i Goals dell'Agenda 2030 la parola disabilità è presente trasversalmente, in particolare con riferimento al goal 4 (Fornire un'educazione di qualità, equa ed inclusiva, e opportunità di apprendimento per tutti), 8 (incentivare una crescita economica duratura, inclusiva e sostenibile, un'occupazione piena e produttiva ed un lavoro dignitoso per tutti), 10 (Ridurre l'ineguaglianza all'interno di e fra le nazioni), 11 (Rendere le città e gli insediamenti umani inclusivi, sicuri, duraturi e sostenibili), 17 (Rafforzare gli strumenti di attuazione e rinnovare il partenariato mondiale per lo sviluppo sostenibile). Nello specifico i target 4.5 e 4.a sono relativi all'eliminazione delle disparità nell'istruzione e nella formazione professionale e alla necessaria sensibilità a bisogni particolari degli ambienti dedicati, mentre il target 8.5 è volto alla garanzia di un'occupazione piena e produttiva e un lavoro dignitoso, oltre che di un'equa remunerazione per lavoro di equo valore. L'Agenda presta poi attenzione alla generale inclusione sociale, economica e politica con il target 10.2 e alla disponibilità universale a spazi verdi e pubblici sicuri, inclusivi e accessibili (target 11.7). A completamento, tra le questioni sistemiche, viene poi richiesto il monitoraggio di dati relativi al tema per il sostegno allo sviluppo dei paesi emergenti (target 17.18)¹⁴.

Con specifico riferimento al mondo del lavoro assumono poi rilievo i documenti dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro, agenzia delle Nazioni Unite specializzata sul tema. Si ricorda in particolare la Convenzione sul reinserimento professionale e l'occupazione (persone disabili) che, seppur con alcune criticità, è stata il primo strumento internazionale di rilievo in tale ambito¹⁵.

Alle azioni del contesto internazionale ovviamente si affiancano anche quelle di ambito regionale, tanto che il Consiglio d'Europa è stato tra i principali attori per i diritti umani nel campo della disabilità. Sebbene la Convenzione europea dei diritti dell'uomo non vi facesse esplicito riferimento, la conclusione dell'articolo 14 che vieta la discriminazione per "ogni altra condizione"¹⁶, si pone in stretta relazione con la Carta sociale europea del 1961 che esplicita il "diritto all'autonomia, all'integrazione sociale ed alla partecipazione alla vita della comunità, a prescindere dall'età e dalla natura ed origine della loro infermità" ad ogni persona portatrice di handicap. Per questo la Carta sancisce l'impegno: "1. ad adottare i provvedimenti necessari per somministrare alle persone inabili o minorate un orientamento, un'educazione ed una formazione professionale nel quadro del diritto comune ogni qualvolta ciò sia possibile oppure, se tale non è il caso, attraverso istituzioni specializzate pubbliche o private; 2. a favorire il

¹³ Articoli 1 e 2, *Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità*, cit.; A. INNESTI, *La nozione di disabilità nel contesto italiano e internazionale*, in *Le parole del lavoro: un glossario internazionale*, n. 19, 2014, in www.bollettinoadapt.it, pp. 1 – 4; F. MASCI, P.N.R.R., *delega al Governo in materia di disabilità e legge di bilancio 2022: per un paradigma di tutela costituzionale che garantisca la riduzione del "disability divide"*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3, 2021, p. 88 e ss; M. G. BERNARDINI, *Disabilità, giustizia, diritto. Itinerari tra filosofia del diritto e disability studies*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 277 e ss.

¹⁴ *L'Agenda 2030 per uno sviluppo sostenibile*, in www.admin.ch; *Risoluzione adottata dall'Assemblea generale il 25 settembre 2015. Trasformare il nostro mondo: l'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile*, in www.unric.org; F. GRECO, *Rendere visibile l'invisibile: disabilità e sviluppo sostenibile tra indicatori e stereotipi*, in *Culture e studi del sociale*, n. 5, 2020, pp. 119 – 132.

¹⁵ *Convenzione sul reinserimento professionale e l'occupazione (persone disabili)*, n. 159, 1985, in www.ilo.org; R. NUNIN, *Disabilità, lavoro e principi di tutela nell'ordinamento internazionale*, in *VTDL*, 2020 fasc. IV, pp. 879 - 895; O. DESSI, *Riflessioni sulla Convenzione OIL in tema di reinserimento professionale e di occupazione delle persone disabili*, in AA.VV., *A tutela della prosperità di tutti. L'Italia e l'Organizzazione Internazionale del Lavoro a un secolo dalla sua istituzione*, a cura di V. FERRANTE, Giuffrè, Milano, 2019, pp. 201 - 224

¹⁶ *Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, 1950, in www.coe.int

loro accesso al lavoro con ogni misura suscettibile d'incentivare i datori di lavoro ad assumere ed a mantenere in attività persone inabili o minorate in un normale ambiente di lavoro e ad adattare le condizioni di lavoro ai loro bisogni o, se ciò fosse impossibile per via del loro handicap, mediante la sistemazione o la creazione di posti di lavoro protetti in funzione del grado di incapacità. Tali misure potranno giustificare, se del caso, il ricorso a servizi specializzati di collocamento e di accompagnamento; 3. a favorire la loro completa integrazione e partecipazione alla vita sociale mediante misure, compresi i presidi tecnici, volte a sormontare gli ostacoli alla comunicazione ed alla mobilità ed a consentire loro di avere accesso ai trasporti, all'abitazione, alle attività culturali e del tempo libero¹⁷. Si ricorda inoltre la Strategia sui Diritti delle Persone con Disabilità (2017-2023), adottata nel 2016 per rendere realtà quanto affermato¹⁸.

Anche con riferimento all'Unione europea¹⁹, nonostante le origini prettamente economiche della stessa, emerge un importante contributo al diritto antidiscriminatorio, in generale e con riferimento alle discriminazioni per disabilità. I documenti che assumono rilievo sono diversi, si ricordano in particolare gli articoli 2 e 3 del Trattato sull'Unione europea, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che dedica l'intero capo III all'uguaglianza²⁰, e molteplici direttive e orientamenti giurisprudenziali²¹. Per quanto qui di interesse pare opportuno fare riferimento nello specifico alla direttiva 2000/78, cui si farà più ampio riferimento in seguito, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro a prescindere dalla religione, dalle convinzioni personali, dagli handicap, dall'età e dall'orientamento sessuale²².

È inoltre meritevole di menzione la Strategia sui diritti delle persone con disabilità 2021-2030 che, fondandosi sulla precedente (2010-2020), tiene conto delle varie forme che questa particolare condizione può assumere e dei rischi che da questa, e da questa in relazione ad altre caratteristiche, possono derivare, prevedendo diverse iniziative, tra cui la banca dati AccessibleEU o la Piattaforma sulla disabilità che riunisce autorità nazionali, organizzazioni e la Commissione europea²³. Il documento si pone in relazione anche con la Risoluzione del Parlamento europeo del 7 ottobre 2021 relativa alla protezione delle persone con disabilità che invita alla sensibilizzazione e sottolinea, tra gli altri aspetti, la centralità della consultazione e del coinvolgimento delle organizzazioni delle persone con disabilità in ciascuna fase di “*pianificazione*,

¹⁷ Articolo 15, *Carta sociale europea*, 1961, in www.coe.int; *European Disability Forum (EDF) and Inclusion Europe v. France, Complaint n. 168/2018*, in www.coe.int; COUNCIL OF EUROPE, *The decision on the merits in European Disability Forum (EDF) and Inclusion Europe v. France, Complaint n. 168/2018, is now public*, 17 aprile 2023, in www.coe.int

¹⁸ CONSIGLIO D'EUROPA, *Strategia per le persone con disabilità 2017-2023*, 2016, in www.coe.int; CONSIGLIO D'EUROPA, *Diritti delle persone con disabilità in Europa: una nuova strategia basata sulle capacità anziché sulle disabilità*, in www.coe.int; CONSIGLIO D'EUROPA, *Disabilità e “disabilismo”*, in www.coe.int

¹⁹ R. CERA e V. DELLA FINA, *La tutela antidiscriminatoria delle persone con disabilità e modalità di attuazione dell'obbligo di accomodamenti ragionevoli. Profili di diritto internazionale, europeo e italiano*, in *Rapporto dell'Istituto di Studi Giuridici Internazionali (ISGI) del Consiglio Nazionale delle Ricerche (CNR)*, 2023, p. 21-29.

²⁰ A. VALLEBONA, *Breviario di diritto del lavoro*, cit.; F. D'AVERSA, *Rito sulla discriminazione e regime probatorio*, intervento al Convegno “Parità di genere e lavoro: a che punto siamo?”, organizzato da SDL HUB, 9 marzo 2022.

²¹ D. MARINO, *Il diritto antidiscriminatorio nella giurisprudenza delle Corti*, in *LD*, 2021, fasc. II, pp. 399 - 416; W. CHIAROMONTE, *L'inclusione sociale dei lavoratori disabili fra diritto dell'Unione europea e orientamenti della Corte di giustizia*, in *VTDL*, fasc. IV, 2020, pp. 897 - 923; M. PASTORE, *Disabilità e lavoro: prospettive recenti della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *RDSS*, 2016, fasc. I, pp. 199 - 223.

²² *Direttiva 2000/78 che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro*, in www.europa.eu

²³ COMMISSIONE EUROPEA, COM(2021) 101 final, del 3 marzo 2021, in www.europa.eu; COMMISSIONE EUROPEA, *Un'Unione dell'uguaglianza: Strategia sui diritti delle persone con disabilità 2021-2030*, in www.europa.eu; EUROPEAN COMMISSION, *European accessibility resource centre AccessibleEU*, in www.europa.eu; EUROPEAN COMMISSION, *Communication to the Commission: a new human resources strategy for the Commission*, in www.europa.eu

*adozione, attuazione e monitoraggio di tutti i tipi di misure, affinché tali misure assicurino la promozione dei loro diritti fondamentali*²⁴.

Si ricorda infine il piano NextGenerationEU, “*uno strumento temporaneo da 750 miliardi di euro pensato per stimolare una ripresa sostenibile, uniforme, inclusiva ed equa*”, ai cui impatti nel contesto italiano è già stato fatto riferimento e che verrà affrontato con specifico riferimento al mercato del lavoro nel paragrafo successivo²⁵.

3. Discriminazione e disabilità nelle fonti interne

Il contesto nazionale va analizzato a partire dalla norma fondamentale dell'ordinamento: la Costituzione. Questa non solo sancisce la piena uguaglianza formale di tutti i cittadini, o meglio le persone, ma riconosce anche l'uguaglianza sostanziale, attribuendo alla Repubblica il compito di “*rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese*”²⁶.

Trattando di disabilità e discriminazione, soffermandosi nello specifico sul contesto lavorativo, non può non essere fatto infine un riferimento alla legge 68/1999, norme per il diritto al lavoro dei disabili, che ha subito alcune modifiche nel corso del tempo e che nello specifico prevede servizi di sostegno e di collocamento mirato, ovvero di valutazione delle capacità lavorative e di inserimento in un posto di lavoro adeguato dal punto di vista degli ambienti, degli strumenti e delle relazioni²⁷.

La legge prevede delle quote riservate all'assunzione obbligatoria di disabili, ovviamente nelle realtà in cui questo è possibile, differenziandone il livello con riferimento al numero dei dipendenti dell'azienda: nessun obbligo sotto i 15 dipendenti, obbligo di assunzione di una persona disabile per le imprese che impiegano tra i 15 e i 35 dipendenti, di due per quelle che hanno tra i 36 e i 50 dipendenti, e del 7% del numero dei dipendenti per tutte quelle realtà che hanno un numero di dipendenti superiore a 50, escludendo dal computo coloro che sono occupati ai sensi della legge in esame, o con contratto a tempo determinato di durata fino a sei mesi, o che appartengono ad altre categorie esplicitamente previste. Inutile precisare che il

²⁴ *Risoluzione del Parlamento europeo del 7 ottobre 2021 sulla protezione delle persone con disabilità attraverso le petizioni: insegnamenti appresi*, in www.europa.eu

²⁵ AGENZIA PER LA COESIONE TERRITORIALE, *Next generation EU e il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, in www.agenziacoesione.gov.it

²⁶ Articolo 3, *Costituzione*, in www.senato.it; G. ZAGREBELSKY, *Diritti per forza*, Einaudi, Torino, 2017, p. 55 e ss.

²⁷ R. BENINI, *La disabilità tra inclusione sociale ed attivazione al lavoro a vent'anni dalla legge 68 del 1999 per l'inserimento mirato dei disabili*, in *Salute e società*, n. 2, 2019, pp. 145 – 159.

trattamento economico e normativo del disabile è equiparato, a parità di mansioni e inquadramento, a quello dovuto a un qualsiasi lavoratore comparabile²⁸.

Completano il quadro finora delineato ulteriori previsioni specifiche, spesso di derivazione comunitaria e internazionale. Si ricordano a questo ultimo proposito il decreto legislativo 216/2003 di recepimento appunto della già richiamata direttiva 2000/78²⁹, la legge 67/2006 (Misure per la tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazioni)³⁰, la legge 18/2009 con cui l'Italia ha ratificato e dato esecuzione alla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità e il relativo protocollo opzionale, istituendo al contempo anche un Osservatorio nazionale sulla condizione delle persone con disabilità³¹, ma anche il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, definito in risposta al piano Next Generation EU di cui sopra, che tra le priorità trasversali dedica una particolare attenzione alla disabilità. Il tema infatti emerge con prospettive diverse, dalla rimozione delle barriere architettoniche, alle attività volte al miglioramento dell'autonomia delle persone con disabilità³².

In questo ambito si nota che per quanto riguarda il mercato del lavoro il programma GOL (Garanzia Occupabilità dei Lavoratori – missione 5, componente 1), volto a ridisegnare i servizi per il lavoro e a migliorare l'inserimento lavorativo presta attenzione, tra gli altri, ai lavoratori c.d. fragili, ossia giovani, donne con particolari situazioni di svantaggio, persone con disabilità e over 55³³.

È in questo contesto che si inserisce anche la legge 227/2021 con cui il Parlamento ha delegato il Governo alla revisione e al riordino delle disposizioni vigenti in materia di disabilità, elemento necessario affinché la natura programmatica della nostra Costituzione possa effettivamente attuarsi e affinché gli impegni assunti a livello internazionale siano concretamente rispettati *“al fine di garantire alla persona con disabilità di ottenere il riconoscimento della propria condizione, anche attraverso una valutazione della stessa congruente, trasparente e agevole che consenta il pieno esercizio dei suoi diritti civili e sociali, compresi il diritto alla vita indipendente e alla piena inclusione sociale e lavorativa, nonché l'effettivo e pieno accesso al sistema dei servizi, delle prestazioni, dei trasferimenti finanziari previsti e di ogni altra relativa agevolazione, e di promuovere l'autonomia della persona con disabilità e il suo vivere su base di pari opportunità con gli altri, nel rispetto dei principi di autodeterminazione e di non discriminazione”*³⁴.

4. La tutela del disabile e la nozione di *“accomodamento ragionevole”*.

²⁸ Legge 68/1999, in www.normattiva.it; IPSOA, *Collocamento obbligatorio – assunzione disabili*, in www.ipsoa.it; A. RICCIARDI, *Disabili e lavoro*, Cacucci, Bari, 2018, p. 23 e ss.; D. GAROFALO, *Jobs act e disabili*, in *RDSS*, 2016 fasc. I, pp. 89 - 115; R. SANTUCCI, *La promozione dell'occupazione per arricchirsi delle “diversità delle persone con “disabilità”*, cit.

²⁹ Decreto legislativo 216/2003, in www.normattiva.it

³⁰ Legge 67/2006, in www.normattiva.it

³¹ Legge 18/2009, in www.normattiva.it

³² *“Per l'Italia il programma Next Generation EU non rappresenta solo l'occasione per realizzare una Piena transizione ecologica e digitale, ma anche per recuperare i ritardi storici che penalizzano storicamente il Paese e che riguardano le persone con disabilità, i giovani, le donne e il Sud”*. AGENZIA PER LA COESIONE TERRITORIALE, *Next generation EU e il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, cit.

³³ Agenzia Nazionale Politiche Attive del Lavoro, *Garanzia di occupabilità dei lavoratori – Gol*, in www.anpal.gov.it; F. MASCI, P.N.R.R., *delega al Governo in materia di disabilità e legge di bilancio 2022: per un paradigma di tutela costituzionale che garantisca la riduzione del “disability divide”*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3, 2021, p. 88 e ss.

³⁴ Legge 227/2021, in www.normattiva.it

Nel panorama comunitario la fonte per eccellenza da cui trae origine tutta la disciplina sul tema dell'accomodamento ragionevole – cui fa riferimento l'attuale dottrina antidiscriminatoria³⁵ - è la direttiva n. 2000/78/CE³⁶, che ha determinato un cambio di passo nelle logiche di intervento in materia di discriminazione³⁷. Si tratta di una fonte del diritto europeo emanata in applicazione dell'art. 19 T.F.U.E., in virtù del quale il Consiglio “*può prendere i provvedimenti opportuni per 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*”.

La normativa antecedente è in seguito superata dalla suddetta direttiva che rappresenta una nuova costruzione i cui pilastri sono, da un lato, il divieto di discriminazioni dirette e indirette; dall'altro lato, l'obbligo di adottare soluzioni ragionevoli che adattino l'ambiente e le condizioni di lavoro alle persone disabili³⁸.

Nella stessa direzione si muove l'azione a livello internazionale, che affronta il tema della disabilità in termini di “*pieno ed eguale godimento dei diritti umani*” e di “*tutela della dignità*” dei soggetti protetti.

La previsione di “*soluzioni ragionevoli*”³⁹ che l'art. 5 della direttiva n. 2000/78/CE disciplina al fine di garantire il rispetto della parità di trattamento dei disabili, viene così ripresa dalla Convenzione ONU in una accezione più lata al fine di promuovere “*l'eguaglianza ed eliminare le discriminazioni, gli Stati Parti prenderanno tutti i provvedimenti appropriati per assicurare che siano forniti accomodamenti ragionevoli*”⁴⁰. Autorevole dottrina⁴¹ ha così ritenuto che obblighi di contenuto positivo si affiancano a divieti di discriminazione, secondo il doppio binario già tracciato dalla normativa comunitaria. Ne discende che la Convenzione ONU “*ha introdotto un vero e proprio cambio di paradigma nell'approccio al tema della disabilità, fornendone una lettura improntata ad una nuova visione culturale, scientifica e giuridica imponendo agli Stati membri di ideare ed implementare interventi che da una*

³⁵ S. VARVA, *Malattie croniche e lavoro tra normativa e prassi*, in RIDL, 2018, fasc. I, p. 109 e ss., S. FERNANDEZ MARTINES, *L'evoluzione del concetto giuridico di disabilità: verso un'inclusione delle malattie croniche?*, in DRI, 2017, p. 74 e ss.

³⁶ In merito ai contenuti della Direttiva sulle tutele nei confronti dei lavoratori disabili si rinvia a U. BELAVUSAU – K. HENRARD (a cura di) *Eu Antidiscrimination Law Beyond Gender*, Oxford, 2020. Si veda anche C. CRISTOFOLINI, “*Licenziamento per superamento del periodo di comporto e divieto di discriminazione per disabilità*”, in LG, 2022, fasc. XII, p. 1125.

³⁷ Per un esame approfondito degli orientamenti giurisprudenziali della Corte di Giustizia dell'Unione europea aventi ad oggetto l'interpretazione della Direttiva 2000/78/CE si rinvia al contributo di S. SARDARO, *Le discriminazioni per disabilità nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in LG, fasc. XII, 2017, pp. 1139 e ss.

³⁸ D. GAROFALO, *La tutela del lavoratore disabile nel prisma degli accomodamenti ragionevoli*, in ADL, 2019, fasc. VI, pp. 1124 e ss..

³⁹ Considerando 20 della Dir. 2000/78/CE, che individua tali comportamenti a titolo dichiaratamente esemplificativo e non tassativo. Sul punto, può ritenersi che la concessione della modalità di lavoro agile disciplinata dalla L. 81/2017 possa a seconda delle circostanze, rappresentare un accomodamento ragionevole. Sul punto: M. BROLLO, *Il lavoro agile alla prova dell'emergenza epidemiologica*, in GAROFALO, TIRABOSCHI, FILI, SEGHEZZI (a cura di), *Welfare e lavoro nella emergenza epidemiologica. Contributo sulla nuova questione sociale*, Bergamo, 2020, p. 195 e ss.; M. PERUZZI, *La protezione dei disabili nel contratto di lavoro*, in VTDL, 2020, p. 945; A. ZILLI, *Il lavoro agile per Covid-19 come “accomodamento ragionevole” tra tutela della salute, diritto al lavoro e libertà di organizzazione d'impresa*, in Labor, 2020, 531, p. 7..

⁴⁰ Art. 5, comma 3 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità del 2006.

⁴¹ D.GAROFALO *cit*

*modalità settoriale e speciale approdino ad un approccio globale per la costruzione di una società pienamente inclusiva e di un ambiente a misura di tutti*⁴².

Il quadro normativo e giurisprudenziale comunitario appena descritto non è stato immediatamente recepito nell'ordinamento italiano. Infatti, il d.lgs. n. 216/2003 aveva omissis, in sede di attuazione della direttiva n. 2000/78/CE, di includere le disposizioni di cui all'art. 5, trascurando la parte più significativa e innovativa della disciplina sovranazionale.

Come è noto, nel 2013 la Corte di Giustizia ha condannato l'Italia per non aver “*imposto a tutti i datori di lavoro di prevedere, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, soluzioni ragionevoli applicabili a tutti i disabili*”, così venendo meno all’ “*obbligo di recepire correttamente e completamente l'articolo 5 della direttiva 2000/78/CE*”⁴³.

Conseguentemente, nel testo dell'art. 3 del D.lgs. n. 216 del 2003, è stato aggiunto⁴⁴ il comma 3-bis ove “*viene imposto ai datori pubblici e privati di «adottare accomodamenti ragionevoli (...) nei luoghi di lavoro»*. La dottrina⁴⁵ ha osservato come tale previsione coincida con il più generale dovere di sicurezza di cui all'art. 2087 c.c. ampliando il novero delle misure idonee a tutelare “*l'integrità fisica e la personalità morale*” di tutti i prestatori (disabili inclusi) e a garantire loro la conciliazione e la permanenza in un ambiente lavorativo confacente alle esigenze di ciascuno⁴⁶.

Si tratta, come già osservato⁴⁷, di “*una definizione di accomodamento ragionevole dinamica*” e, in tal senso, fondamentale è stato l'arresto cui è giunta la Suprema Corte nel 2018.

La Corte di Cassazione, infatti, a partire da quell'anno, ha iniziato a fornire alcune nozioni preliminari ed essenziali, quali quella di *handicap*⁴⁸ e il suo fattore soggettivo, a chiarire la ripartizione degli oneri di allegazione e prova, per poi affrontare il tema specifico dei concreti accomodamenti ragionevoli adottabili⁴⁹. A partire dal 2019 diviene granitico il principio secondo cui “*in tema di licenziamento per inidoneità fisica sopravvenuta del lavoratore, derivante da una condizione di inabilità, sussiste l'obbligo della previa verifica, a carico del datore di lavoro, della possibilità di adattamenti organizzativi ragionevoli nei luoghi di lavoro ai fini della legittimità del recesso*”⁵⁰. La giurisprudenza della

⁴² V. *Linee guida per la presentazione di progetti in materia di vita indipendente ed inclusione nella società delle persone con disabilità*, 2018, approvate con D.G. Min. Lav. 28 dicembre 2018, n. 669, pt. 1.

⁴³ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sez. IV, 4 luglio 2013, causa C-312/11

⁴⁴ Dall'art. 9, c. 4-ter, del D.L. n. 76 del 2013, conv. con modif. in L. n. 99 del 2013.

⁴⁵ Relativamente all'art. 2087 c.c., in un'interpretazione conforme alla Dir. 2000/78/CE: M. CINELLI, *Insufficiente per la Corte di giustizia la tutela che l'Italia assicura ai lavoratori disabili: una condanna realmente meritata?*, in RIDL., 2013, p. 935 e ss..

⁴⁶ M. DE FALCO, *L'accomodamento per i lavoratori disabili: una proposta per misurare ragionevolezza e proporzionalità attraverso l'INAIL*, in LG, n. 3/2021 p.7 e ss. Inoltre, un ragionamento analogo può essere esteso ai soggetti affetti da malattie croniche; sul punto: M. TIRABOSCHI, *Le nuove frontiere dei sistemi di welfare: occupabilità, lavoro e tutele delle persone con malattie croniche*, in DRI., 2015, p. 706.

⁴⁷ D. GAROFALO, *La tutela del lavoratore disabile nel prisma degli accomodamenti ragionevoli*, cit.

⁴⁸ Si ricorda che la giurisprudenza della Corte di Giustizia nel caso C-13/05, *Sonia Chacón Navas c. Eurest Colectividades SA* distingue la nozione di disabilità da quella di malattia sulla base di un elemento sostanzialmente temporale, in quanto la prima sarebbe integrata, a differenza della seconda, da patologie permanenti o di lunga durata. E sulla base di questa distinzione si nega la possibilità di una “*assimilazione pura e semplice*” della nozione di *handicap* a quella di malattia, la quale di per sé non costituisce un motivo discriminatorio.

⁴⁹ Sul punto, v. Cass. n. 6798 del 2018.

⁵⁰ V. Cass. n. 13649 del 2019, Cass. n. 29289 del 2019 e Cass. n. 27502 del 2019, nonché, recentemente, Cass. 4896 del 2021 e 6497 del 2021.

Suprema Corte, quindi, cerca di affrontare la questione fornendo un'interpretazione costituzionalmente e comunitariamente orientata, con una particolare attenzione ad un "bilanciamento tra i contrapposti interessi delle parti"⁵¹. Ad ogni modo, da questo esame normativo e giurisprudenziale emerge un principio basilare, concernente "il bisogno di una valutazione complessiva e generale dell'accomodamento possibile, misurato sia rispetto all'organizzazione aziendale, sia alle condotte datoriali"⁵². Occorrerà dunque attuare il bilanciamento degli interessi giuridicamente rilevanti delle parti coinvolte e, in particolare, l'interesse del disabile a preservare un'attività lavorativa compatibile con le sue condizioni fisiche e psichiche nonché, dall'altro, l'interesse dal datore di lavoro ad ottenere una prestazione che sia di utilità all'impresa⁵³.

Il rapporto discriminazione e disabilità è stato al centro di un acceso dibattito giurisprudenziale e dottrinale in relazione a due recentissime decisioni della Suprema Corte con particolare riferimento al periodo di comportamento⁵⁴ e, più in generale, al rapporto tra malattia e licenziamento, avuto riguardo ai principi fondamentali dell'Unione Europea⁵⁵.

5. Licenziamento per superamento del periodo di comportamento e disabilità: due recenti pronunce.

Il primo dei due giudizi verteva sull'impugnazione di un licenziamento asserito dal ricorrente come discriminatorio in quanto consistente nella violazione dei suoi diritti per ragioni di *handicap*.⁵⁶ La Suprema Corte, con sentenza 31 marzo 2023, n. 9095, decideva il predetto giudizio dichiarando l'illegittimità del licenziamento affermando che il datore di lavoro aveva posto in essere una discriminazione indiretta avendo applicato l'articolo del CCNL di riferimento in materia di comportamento, senza distinguere assenze per malattia e assenze per patologie correlate alla disabilità⁵⁷.

⁵¹ M. AIMO, *Inidoneità sopravvenuta alla mansione e licenziamento: l'obbligo di accomodamenti ragionevoli preso sul serio dalla Cassazione* (Nota a sent. Cass. civ. sez. lav. 19 marzo 2018 n. 6798; sent. Cass. civ. sez. lav. 26 ottobre 2018 n. 27243) in *RIDL*, 2019, II, p. 163.

⁵² M. AIMO *cit.*

⁵³ M. GASPARRO, "Ancora sugli accomodamenti ragionevoli" nota a Corte di Cassazione, Sez. Lav., sentenza 9 marzo 2021, n. 6497 in *LPO* 5-6/2021 p. 374 e ss.

⁵⁴ In dottrina si vedano R. BONO, *Disabilità e licenziamento per superamento del periodo di comportamento*, in *LG*, fasc. I, 2023, p. 25 e ss., F. AVANZI, *Il recesso per superamento del comportamento "alla prova del diritto antidiscriminatorio". La crisi dell'art. 2110 c.c. nell'ordinamento "multilivello"*, Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera e ai suoi allievi, 10 giugno 2022; F. COPPOLA, *La natura discriminatoria del licenziamento del dipendente disabile per superamento del periodo di comportamento: una questione tutt'altro che risolta*, in *RIDL*, fasc. IV, 2022, pp. 590-598; B. DE MOZZI, *Sopravvenuta inidoneità alle mansioni, disabilità, licenziamento* in *LDE*, 2/2020, p. 3 e ss.; M. PERUZZI, *Diritto antidiscriminatorio e illegittimità del licenziamento per idoneità psicofisica: ricostruzione di una fattispecie*, in *LDE*, 2/2020, p. 3 e ss.; D. CASALE, *Malattia, inidoneità psicofisica e handicap nella novella del 2012 sui licenziamenti*, in *ADL*, 2014, fasc. II, p. 401 e ss.

⁵⁵ Cfr. E. D'AGNINO, *Comporto, disabilità e disclosure: note a margine di una querelle giurisprudenziale*, in *ADL*, 2023, fasc. 1, p. 241-254.

⁵⁶ R. BONO, *Disabilità e licenziamento discriminatorio per superamento del periodo di comportamento*, in *LG*, 2023, fasc. I, p. 23-33.

⁵⁷ Nel senso opposto v. Corte. App. 26 Ottobre 2021 in cui i giudici di seconde cure arrivano a negare l'esistenza di una discriminazione indiretta in ragione della previsione nel Ccnl di settore di un periodo più lungo di conservazione del posto di

A seguito di un approfondito ragionamento ove venivano evocati i principi fondamentali dell'Unione Europea in materia di discriminazione per disabilità,⁵⁸ la Corte, recependo l'orientamento della giurisprudenza di merito, in base al quale l'applicazione anche al lavoratore disabile dell'ordinario termine contrattuale di comportamento costituisce discriminazione indiretta⁵⁹. Secondo quanto affermato dalla Corte costituisce condotta discriminatoria la mancata previsione, per i lavoratori affetti da malattie croniche, di un periodo di comportamento specifico, che tenga in considerazione la maggiore esposizione di tali lavoratori al rischio di accumulare assenze in virtù della propria condizione svantaggiata, consolidando i principi affermati dalle Corti di merito. Ciò non significa, come già osservato⁶⁰, *“che un limite massimo in termini di giorni di assenza per malattia del lavoratore disabile non possa essere fissato dal legislatore o dalle parti sociali, anche al fine di contrastare fenomeni di assenteismo dovuto ad eccessiva morbilità”*. Tale finalità deve essere però *“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”*. 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 si sofferma in ultimo in merito alla questione dell'obbligo di informativa al lavoratore dell'approssimarsi della scadenza del comportamento (e della conseguente conoscibilità delle cause dell'assenza) nell'ipotesi in cui il lavoratore, pur sollecitato, a fornire una risposta alla comunicazione datoriale, non aveva dato riscontro.

A tal proposito si evidenzia che nel diritto europeo antidiscriminatorio vige il principio secondo cui la discriminazione ha portata oggettiva, rimanendo del tutto irrilevante ai fini del riconoscimento della sua illiceità l'intento soggettivo del soggetto agente. Tuttavia, nella materia delle discriminazioni per ragioni di *handicap* la giurisprudenza è divisa. Da un lato, viene affermato che si configura una discriminazione indiretta a prescindere dal comportamento del datore di lavoro e tale responsabilità datoriale non verrebbe meno neppure nel caso in cui lo stesso non fosse stato messo preventivamente a conoscenza della disabilità del lavoratore quale causa dell'assenza; dall'altro lato viene invece affermato che, qualora il lavoratore non abbia reso edotto il datore di lavoro della condizione di *handicap* e neppure abbia richiesto alle strutture competenti il riconoscimento dell'*handicap*, tale mancata comunicazione renderebbero legittimo il recesso. Ciò in quanto la non comunicazione avrebbe disatteso il rispetto dell'obbligo di diligenza così impedendo al datore di lavoro di attivare gli adeguati strumenti di protezione⁶¹.

lavoro in ipotesi particolari, tutelando quindi in modo differenziato i lavoratori che, a causa delle loro condizioni di salute, fossero maggiormente esposti al rischio di assenze prolungate.

⁵⁸ Si fa riferimento, segnatamente, ai principi richiamati dalla Corte di Giustizia dell'UE nella sentenza del 18/1/2018 in causa C-270/16.

⁵⁹ Nello stesso [senso E. TARQUINI, *Il licenziamento discriminatorio. “soggetto inatteso”: alcune riflessioni sul principio paritario e la disciplina limitativa del recesso datoriale*](#), in *LDE*, n. 2/2023 p. 4 e ss.

⁶⁰ E. TARQUINI *cit.*

⁶¹ V. Così Tribunale Milano, 04/03/2021, n. 314 laddove precisa che *in tali casi non vi sono norme e/o comportamenti che abbiano posto il lavoratore invalido in una situazione di particolare svantaggio rispetto ad altri lavoratori*

Peraltro, è condivisibile la tesi che, riflettendo sulla natura degli accomodamenti ragionevoli - che ha quale presupposto che il datore di lavoro sia posto preventivamente a conoscenza della condizione specifica di disabilità - impone al datore di lavoro di attivarsi per predisporre i necessari accorgimenti verificando in autonomia e prescindendo dal contenuto del certificato medico esibito dal lavoratore l'ascrivibilità delle assenze alle patologie invalidanti e senza che il lavoratore sia tenuto a specificarne la correlazione con la disabilità⁶².

Alla luce di quanto detto circa la conoscibilità del datore di lavoro delle cause dell'assenza, si osserva come la sentenza riaffermi la natura oggettiva dei divieti di discriminazione, a prescindere dall'intenzionalità o meno del comportamento discriminatorio datoriale e del fatto che egli era stato messo a conoscenza del motivo dell'assenza del lavoratore. Dunque, l'intervento di legittimità avvalorava l'orientamento della giurisprudenza di merito circa la natura di doveroso accomodamento ragionevole di un termine di comportamento differenziato per i lavoratori disabili, ritenendo tuttavia ammissibile che un tale termine sia individuato anche in via generale dalla contrattazione collettiva.

La seconda pronuncia su cui è intervenuta la Suprema Corte riguardava un caso licenziamento per non proficuità della prestazione resa, poiché modo, tempo e durata delle assenze avevano finito per incidere *apprezzabilmente* sulla prestazione del lavoratore *rendendola inutilizzabile o comunque non utile*.

La Corte di Cassazione ha precisato che, secondo il preesistente indirizzo giurisprudenziale⁶³, le norme stabilite per i casi di malattia del prestatore di lavoro (disciplinati ai sensi dell'art. 2110 c.c.) prevalgono in quanto *speciali* sulla disciplina dei licenziamenti individuali così impedendo al datore di lavoro di risolvere il rapporto nella costanza del periodo di comportamento, quello in cui l'assenza va tollerata nei limiti temporali previsti dalla legge ovvero dal giudice *“nell'ottica di un temperamento tra gli interessi confliggenti del datore di lavoro (a mantenere alle proprie dipendenze solo chi lavora e produce) e del lavoratore (a disporre di un congruo periodo di tempo per curarsi, senza perdere i mezzi di sostentamento)”*.⁶⁴ Da tale principio discende che *“lo scarso rendimento e l'eventuale disservizio aziendale, determinato dalle assenze per malattia del lavoratore, ... non possono legittimare, prima del superamento del periodo massimo di comportamento, il licenziamento per giustificato motivo oggettivo”*⁶⁵.

Dunque, va condiviso l'orientamento espresso dalla giurisprudenza di legittimità laddove afferma che il licenziamento connesso ad elevata morbilità del lavoratore dovrà quindi sempre qualificarsi, alla luce della pronuncia in commento, come recesso per giustificato motivo oggettivo, che si collega *“da un lato all'esistenza di una o più malattie e dall'altro al fatto oggettivo del tempo complessivamente trascorso in malattia”*. Da tali premesse discende che il datore di lavoro è sempre tenuto a rispettare il periodo di comportamento anche nel caso in cui si verifichi l'inutilizzabilità della prestazione per le assenze accumulate dal lavoratore.

⁶² Nella stessa direzione v. E. PALMA, *I licenziamenti: ruolo della giurisprudenza della Corte costituzionale nella cornice delle tutele*, SSM Napoli, Castel Capuano, 6-8 marzo 2023 p. 16-18.

⁶³ Cfr. Cass. Sez. Unite n. 12568 del 2018.

⁶⁴ Così F. BELMONTE, *Il licenziamento è legittimo solo nell'evenienza in cui si superi il periodo di comportamento. Nota a Cass. 27 aprile 2023, n. 11174*, in <http://www.soluzionilavoro.it/2023/07/03/licenziamento-per-eccessiva-morbilita/>

⁶⁵ Cfr. Cass. 07/12/2018 n. 31763.

Va in ultimo osservato che i giudici di legittimità hanno di recente ribadito che il datore di lavoro non può limitarsi ad allegare un presunto scarso rendimento del lavoratore alla base del licenziamento, salvo il caso in cui assolva all'onere di provare che la causa dello scarso rendimento “*derivi da colpevole negligente inadempimento degli obblighi contrattuali da parte del lavoratore nell'espletamento della sua normale prestazione*”⁶⁶.

6. Conclusioni

Va quindi condiviso, a parere di chi scrive, il principio di diritto di recente ribadito dalla Suprema Corte nell'ultima sentenza citata: il datore di lavoro non può dedurre un presunto scarso rendimento del lavoratore alla base del licenziamento, salvo il caso in cui assolva all'onere di provare che la causa dello scarso rendimento “*derivi da colpevole negligente inadempimento degli obblighi contrattuali da parte del lavoratore nell'espletamento della sua normale prestazione*”⁶⁷.

In conclusione, ciò che consente di superare il divieto di licenziamento prima della scadenza del contratto è il comportamento del lavoratore inadempiente agli obblighi contrattuali. Incombe, tuttavia, sul datore di lavoro non solo di assolvere all'onere di provare il mancato raggiungimento del risultato o la sua oggettiva esigibilità, ma la negligente condotta da parte del lavoratore nello svolgimento della prestazione lavorativa, attuando un notevole inadempimento che legittima la risoluzione del rapporto ai sensi degli artt. 1453 e ss..

⁶⁶ Così Cass., sez. lav., ord. 6 aprile 2023, n. 9453.

⁶⁷ Così Cass. 2023, n. 9453 *cit*