



Numero 2 / 2025

Giada DELLA ROCCA

**La questione della conoscenza o conoscibilità
dello status di disabilità**

La questione della conoscenza o conoscibilità dello status di disabilità

Giada DELLA ROCCA

Ricercatrice di Diritto del Lavoro all'Università di Roma "Tor Vergata"

Abstract: Il presente contributo affronta la questione relativa alla conoscenza o conoscibilità della condizione di “disabilità” di un lavoratore necessaria per una corretta gestione del rapporto di lavoro da parte del datore di lavoro (sia ai fini del calcolo del periodo di comporto che per l’adempimento dell’obbligo di accomodamenti ragionevoli) e utile per l’effettiva realizzazione della parità di trattamento durante il rapporto di lavoro.

This paper addresses the issue of whether knowledge or knowability of a worker's "disability" condition is necessary for the employer to correctly manage the employment relationship (both for the purposes of calculating the sick leave period and for fulfilling the obligation to make reasonable accommodations) and useful for the effective implementation of equal treatment during the employment relationship.

Sommario: 1. I termini della questione. - 2. Conoscenza e conoscibilità dello *status* di disabilità ai fini della corretta gestione del rapporto di lavoro. 3. Conoscenza ed effettività delle tutele.

1. I termini della questione.

Come è noto, la questione della conoscenza o conoscibilità dello *status* di disabilità del lavoratore è un tema che ha assunto un notevole rilievo negli ultimi anni sia in merito al dibattito sul calcolo del periodo di comporto delle assenze per patologie riconducibili alla condizione di disabilità del lavoratore (assenze da scomputare o calcolare diversamente) nonché in riferimento all’obbligo da parte del datore di lavoro di adottare accomodamenti ragionevoli per garantire, al lavoratore con disabilità, un’effettiva partecipazione alla vita professionale in parità con gli altri lavoratori. La domanda è se il datore di lavoro sia tenuto ad adempiere a tali obblighi a prescindere dal fatto che sia a conoscenza o in grado di conoscere lo *status* di disabilità del proprio dipendente.

L’economia del presente contributo non consente di sviluppare le tematiche suddette¹, qui è sufficiente evidenziare che a partire dalla sentenza capostipite, la n. 9095 del 31 marzo 2023, si è imposto un orientamento² secondo il quale costituisce discriminazione indiretta, ai sensi dell’art.

¹ Su cui si rinvia ai contributi di L. PROIA e F. LIMENA in questo numero.

² Cass. 24 aprile 2025, n. 10890; Cass. 15 aprile 2025, n. 9897; Cass. 7 gennaio 2025, n. 170, in *Labor*, 15 febbraio 2025, con nota di G. DELLA ROCCA, *Ancora sul periodo di comporto dei lavoratori con disabilità: questioni aperte in attesa di una contrattazione collettiva specifica*; Cass. 21 novembre 2024, n. 30095; Cass. 6 settembre 2024, n. 24052; Cass. 5 giugno 2024, n. 15723, in *Labor*, 2 novembre 2024, con nota di M. SALVAGNI, *Il licenziamento del lavoratore disabile per superamento del comporto nella interpretazione della Cassazione: la conoscenza del fattore di rischio e “l’onere bifronte” a carico delle parti per applicare l’accomodamento ragionevole*; Cass. 31 maggio 2024, n. 15282; Cass. 23 maggio 2024, n. 14402 con nota di S. BUOSO, *Conferme sull’auspicata differenziazione collettiva del comporto del disabile e sull’“ineludibile” interlocuzione alla base degli accomodamenti ragionevoli*; Cass. 22 maggio 2024, n. 14316 e Cass. 2 maggio 2024, n. 11731 entrambe in *Dir. Rel. Ind.*, 2024, p. 1171, annotate da V. LUCIANI, *Il comporto nel licenziamento del disabile “europeo”*

2, comma 2, lett. b) della Direttiva 2000/78/CE, applicare il medesimo periodo di comporto dei lavoratori non disabili ai lavoratori con disabilità, in quanto quest'ultimi sarebbero statisticamente più esposti al rischio di maggiore morbilità, in quanto buona parte delle loro assenze potrebbero proprio essere conseguenti a malattie connesse allo stato di disabilità. Il che trasmuta il criterio, apparentemente neutro, dell'identico comporto in una prassi discriminatoria nei confronti di soggetti in posizione di particolare svantaggio. E ancora, il datore di lavoro è tenuto ad attuare tutte le misure organizzative ragionevolmente possibili per consentire alla persona con disabilità di mantenere l'occupazione, senza comportare oneri eccessivi per la parte datoriale (*ex art. 3, comma 3 bis*, del d.lgs. n. 216/2003 e, da ultimo, art. 17 del d.lgs. n. 62/2024)³.

Il problema si è posto in riferimento alla nozione euro-unitaria di disabilità offerta dall'art. 1 della Convenzione ONU sui diritti con le persone con disabilità (ratificata e resa esecutiva con la legge n. 18 del 2009), secondo cui la disabilità è «una limitazione risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche durature che, in interazione con barriere di diversa natura, possono ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori». Una definizione mutevole e in evoluzione che, grazie all'interpretazione della Corte di Giustizia⁴ alla luce del modello bio-psicosociale dal contenuto relativo o “relazionale”, tende a ricomprendere qualsiasi condizione patologica di lunga durata che comporti una limitazione alla vita socio-professionale del lavoratore che ne è affetto. Nozione che assume rilevanza propria, al di là dell'accertamento preventivo nelle sedi competenti.

La questione centrale risiede proprio nel fatto che, secondo i giudici, in linea con tale ampia nozione europea, non sia necessario che la disabilità sia accertata e certificata *ex ante* nelle sedi competenti, ai sensi della l. 104/1992 o della l. 68/1999 (come modificate dal d.lgs. n. 62 del 2024), potendo essere acclarata anche in sede giudiziale.

Tuttavia, il d.lgs. n. 62 del 2024, nel recepire la definizione di disabilità euro-unitaria, ha riformato anche la valutazione della disabilità. Infatti, all'art. 2, comma 1, lett. a), non prescinde dall'accertamento “preventivo” di tale condizione, prevedendo una procedura di certificazione. Certificazione che si svolge attraverso un duplice procedimento di valutazione: il primo attraverso una “valutazione di base” attivabile tramite un certificato medico introduttivo cui seguirà un “procedimento di valutazione multidimensionale”, basato sul modello bio-psico-

tra tutela antidiscriminatoria e accorgimenti ragionevoli; Cass. 21 dicembre 2023, n. 35747, in *Labor*, 22 febbraio 2024, annotata da M. SALVAGNI, *Malattia collegata all'handicap, discriminazione indiretta e nullità del licenziamento del disabile per superamento del comporto*; Cass. 31 marzo 2023, n. 566 con nota di M. DIANA, *Il superamento del periodo di comporto e la discriminazione indiretta del lavoratore disabile: spunti interpretativi ed ipotesi alternative*, in *Lav. prev. oggi News*, 22 gennaio 2024; Cass. 31 marzo 2023, n. 9095 in *Riv. it. dir. lav.*, 2023, II, p. 254 con nota di A. DONINI, *L'applicazione indistinta del comporto è discriminatoria se la malattia è riconducibile a disabilità*; e in *Dir. rel. ind.*, 2023, p. 515 con nota di S. CANEVE, *Lavoratori con patologie croniche e conservazione del posto di lavoro: le soluzioni presenti nella contrattazione collettiva*.

³ Sia consentito rinviare a G. DELLA ROCCA, *Accomodamenti ragionevoli tra inclusione lavorativa e tutela della salute*, in *Mass. Giur. lav.*, 2024, pp. 693-715 ed *ivi* per ulteriori riferimenti.

⁴ La Corte di Giustizia ha nel tempo cambiato la sua posizione sul concetto di disabilità a partire dalla sentenza Chacon Navas, (11 luglio 2006, C-13/05) che, basandosi su un modello c.d. biomedico esclude la possibilità di assimilare i due concetti, fino alle sentenze HK Danmark (11 aprile 2013, C-335/11 e C-337/11), Kaltoft (18 dicembre 2014, C-354/13) Daouidi (1 dicembre 2016, C-395/2015) e Ruiz Conejero, (18 gennaio 2018, C-270/16) in cui, avvalendosi di un modello cd. bio-psicosociale, tendono ad equiparare le malattie con limitazioni a lungo termine con la disabilità. Per una ricostruzione sistematica del concetto giuridico di disabilità attraverso le posizioni della Corte di Giustizia si rinvia a G. DELLA ROCCA, *La malattia del lavoratore subordinato tra vecchie e nuove tutele*, Giappichelli, 2024, p. 14 ss. e *ivi* per ulteriori riferimenti.

sociale, in collaborazione con la stessa persona con disabilità, finalizzato alla predisposizione del progetto di vita per l'inclusione.

Ciò nonostante, nelle more di una normativa che è entrata in vigore in via sperimentale⁵ da gennaio di quest'anno e la cui piena attuazione su tutto il territorio nazionale è stata posticipata a gennaio 2027, la giurisprudenza, tende ad aderire al modello della c.d. *constructive knowledge*. Ossia, assumendo che il datore di lavoro avrebbe potuto essere edotto dello *status* di disabilità del proprio dipendente con l'ordinaria diligenza, ritiene che tale condizione possa essere riconosciuta anche *ex post*, attraverso la documentazione o le certificazioni mediche prodotte dal lavoratore in sede giudiziale, comprensive di quelle con la diagnosi della patologia che, in rispetto della normativa sulla *privacy*, non sono state portate a conoscenza del datore di lavoro durante il rapporto di lavoro.

Una tale impostazione investe, come si dirà innanzi, profili rilevanti per le sue ricadute sulla corretta gestione del rapporto di lavoro e il conseguente rischio per il datore di lavoro di venir sanzionato con una tutela reale "piena" per licenziamento discriminatorio.

2. **Conoscenza e conoscibilità dello *status* di disabilità ai fini della corretta gestione del rapporto di lavoro.**

In considerazione di quanto sinteticamente premesso, la questione della conoscenza o conoscibilità da parte del datore della condizione di disabilità, nel senso ampio su accennato, di un suo dipendente è al centro di un animato dibattito⁶ in quanto rappresenta la *conditio* di un *facere* del datore di lavoro: ossia, un corretto computo delle assenze per malattia, ai fini del periodo di comportamento, e l'adempimento dell'obbligo di adottare accomodamenti ragionevoli.

⁵ Sono nove le province (Brescia, Catanzaro, Firenze, Forlì-Cesena, Frosinone, Perugia, Salerno, Sassari e Trieste) concordate con il Ministero della Salute e il Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali, nelle quali è stata avviata a partire dal gennaio 2025 la sperimentazione del nuovo sistema di valutazione multidimensionale della disabilità previsto dal decreto legislativo n. 62 del 2024.

⁶ cfr. A. CHIES, *Il licenziamento della persona con disabilità per superamento del comportamento. Riflessioni civilistiche in tema di conoscenza della condizione di disabilità*, in *Dir. lav. Rel. Ind.*, 2024, p. 299; D. TARDIVO, *L'inclusione lavorativa della persona con disabilità: tecniche e limiti*, Torino, 2024, pp. 223-233; V. LUCIANI, *Il comportamento nel licenziamento del disabile "europeo" tra tutela antidiscriminatoria e accorgimenti ragionevoli*, cit., p. 1175; M. SALVAGNI, *Il licenziamento del lavoratore disabile per superamento del comportamento nella interpretazione della Cassazione: la conoscenza del fattore di rischio e "l'onere di fronte" a carico delle parti per applicare l'accomodamento ragionevole*, in *Labor*, 2 novembre 2024; G. FRANZA, *Quando l'effettività genera paradossi. Sull'esclusione del periodo di comportamento della malattia imputabile a disabilità*, in *Law. giur.*, 2022, p. 65; F. AVANZI, *Il licenziamento discriminatorio per superamento del "comportamento": la nozione di handicap e la "conoscenza" del datore di lavoro*, in *Labor*, 27 giugno 2022; E. TARQUINI, *Il licenziamento discriminatorio, "soggetto inatteso": alcune riflessioni sul principio paritario e la disciplina limitativa del recesso datoriale*, in *Law. dir. eur.*, n. 2, 2023, p. 12-15 rileva "la natura necessariamente "dialogica" dell'accomodamento ragionevole, che richiede *ex se* che la necessità di apprestarlo sia nota all'obbligato o almeno possa esserlo per un soggetto di buona fede e diligenza adeguata". Da qui deriverebbe che "la conoscibilità della causa dell'assenza (della relazione cioè tra assenza e disabilità), da parte del datore di lavoro tenuto al rispetto dei divieti di discriminazione, costituisca un presupposto di praticabilità giuridica dell'accomodamento (...)" ; C. SPINELLI, *La sfida degli "accomodamenti ragionevoli" per i lavoratori disabili dopo il Jobs Act*, in *Dir. merc. lav.*, 2017, p. 51, precisa che "trattandosi di misure individualizzate, dirette a sovvenire a specifiche esigenze del lavoratore disabile, occorrerà che di queste ultime il datore di lavoro abbia avuto conoscenza. Il che potrà avvenire (...) solo su espressa dichiarazione da parte del lavoratore, tenuto conto del divieto di accertamenti sanitari e dei limiti ai controlli di malattia e di idoneità fisica imposti ai datori di lavoro dall'art. 5 St. Lav."; sia consentito rinviare anche a G. DELLA ROCCA, *La malattia del lavoratore subordinato tra vecchie e nuove tutele*, cit., p. 136 ss.

Per quanto attiene al calcolo del periodo di comporta, non è questa la sede per soffermarsi sul fatto che non ogni disabilità sottende una patologia cronica⁷ che comporti una maggiore morbilità (tale da accedere ad un periodo di comporta prolungato), prendendo comunque atto del recente arresto giurisprudenziale⁸ che invita la contrattazione collettiva a prevedere esplicitamente un comporta “speciale” collegato all’aspetto soggettivo della disabilità *tout court* - in quanto i giudici non ritengono sufficiente ad elidere il rischio di trattamenti discriminatori una disciplina negoziale che tenga conto solo del profilo oggettivo dell’astratta gravità o particolarità delle patologie⁹ - il problema dell’individuazione di tale condizione impone di operare dei distinguo.

Come è noto, la discriminazione opera in modo oggettivo in ragione del mero rilievo del trattamento deteriore per il lavoratore con disabilità, non rilevando l’intento soggettivo di colui che pone in essere la discriminazione. Tuttavia, se correttamente si esclude l’*animus nocendi*, non si può prescindere dal fatto che il datore di lavoro sia o meno a conoscenza della condizione di disabilità di un suo dipendente¹⁰, in quanto la conoscenza rappresenta un elemento di natura oggettiva, presupposto necessario della condotta stessa¹¹. Pertanto, prima di imputare al datore di lavoro una sorta di responsabilità oggettiva, esclusa dalla giurisprudenza¹², per una condotta “inconsapevole” in quanto legata ad una condizione che non sempre è nota *ex ante*, appare necessario distinguere due ipotesi di disabilità: un conto è la disabilità originaria certificata, altro la disabilità “di fatto” sopravvenuta¹³.

⁷ Cfr. A. MARESCA, *Disabilità e licenziamento per superamento del periodo di comporta*, in *Lav. Dir. Eur.*, 2024, p. 11; M. MENICUCCI, *Superamento del comporta di malattia e disabilità “europea”: critica di una soluzione irragionevole*, in *Lav. Giur.*, 2024, p. 454; V. FILIP, *Superamento del comporta di malattia e rischio di discriminazione indiretta per disabilità*, in *Giust. It.*, 2023, p. 2150. Sia consentito il rinvio anche a G. DELLA ROCCA, *La malattia del lavoratore subordinato tra vecchie e nuove tutele*, cit., pp. 69-70.

⁸ Cass. 24 aprile 2025, n. 10890; Cass. 7 gennaio 2025, n. 170, cit.; Cass. 6 settembre 2024, n. 24052; Cass. 23 maggio 2024, n. 14402 cit.

⁹ Per un’analisi dei principali contratti collettivi, v. F. ALIFANO, *Discriminazione per disabilità, comporta e contrattazione collettiva*, in *Adapt WP*, n. 7/2024; S. VARVA, (a cura di), *Malattie croniche e lavoro. Una prima rassegna ragionata della letteratura di riferimento*, in *Adapt Labour Studies*, 2014, e-Book series n. 27; S. STEFANOVICHJ, *Disabilità e non autosufficienza nella contrattazione collettiva. Il caso italiano nella prospettiva della Strategia europea sulla disabilità 2010-2020*, in *Adapt Labour Studies*, n. 33, 2014, p. 21.

¹⁰ Il Comitato sui diritti delle persone con disabilità, che è l’organo che ha il compito di vigilare sull’applicazione della Convenzione ONU sui Diritti delle Persone con Disabilità, approvata nel 2006, distingue la dimensione della conoscenza o conoscibilità dal fattore protetto contro la discriminazione da quello della volontà/intenzione di discriminare, v. G. PASCARELLA, *L’applicazione di un termine di comporta indifferenziato per superamento periodo di comporta del lavoratore disabile. L’applicazione di un termine indifferenziato*, in *Lav. dir. eur.*, n. 2, 2024, pp. 6-11.

¹¹ F. NARDELLI, *Il difficile bilanciamento tra tutela della disabilità e della privacy*, in *Var. temi dir. lav.*, 2023, n. 4, p.1065.

¹² Cfr. Cass. 1 dicembre 2021, n. 37738; Cass. 29 marzo 2019, n. 8911; Cass. 8 ottobre 2018, n. 24742; Cass. 23 aprile 2015, n. 8297; Cass. 12 marzo 2013, n. 6151), Cass. pen. 30 gennaio 2024, n. 7415; Cass. pen. 8 ottobre 2020, n. 1096; Cass. pen. 30 aprile 2019, n. 20833; Cass. pen. 25 maggio 2018, n. 50000; Cass. pen. 3 giugno 2014, n. 38100. Merita di essere sottolineato che il divieto di licenziamento della lavoratrice in gravidanza configura un’ipotesi di responsabilità oggettiva che si ricava dal disposto dell’art. 54 del d.lgs. n. 151 del 2001 in cui il divieto “opera in connessione con lo stato oggettivo di gravidanza”, *status* che prevale anche sul superamento del periodo di comporta, come affermato da ultimo da Cass. 7 maggio 2025, n. 12060.

¹³ Sul punto sia rinvia a G. DELLA ROCCA, *Determinazione del periodo di comporta del disabile “di fatto”: contrattazione collettiva carente e giurisprudenza allo sbaraglio*, in *Riv. it. dir. lav.*, n. 1, 2024, pp. 127-155; sulla distinzione tra disabilità “evidente” (apprezzabile *ictu oculi*) da quella “occulta”, v. D. TARDIVO, *L’inclusione lavorativa della persona con disabilità: tecniche e limiti*, Torino, 2024, p. 224 ss. In giurisprudenza, per i casi di malattie gravi, di lunga durata, invalidanti ricondotte in sede giudiziale al concetto di disabilità cfr. patologia depressiva con incidenza invalidante (Cass. 15 aprile 2025, n. 9897, che afferma proprio l’ “esistenza in fatto dello stato invalidante” e Cass. 22 maggio 2024, n. 14316); lobectomia per neoplasia maligna al polmone (Trib. Roma 3 dicembre 2024, n. 12377); carcinoma alla mammella (Cass. 5 giugno 2024, n. 15723), doppia neoplasia linfoproliferativa cronica (Cass. 2 maggio 2024, n. 11731), fibromialgia muscolo tensiva e l’obesità (Tribunale di Roma 18 dicembre 2023, n. 124423), gonalgia bilaterale (Trib. Rovereto 30 novembre 2023 n. 44), diabete mellito di tipo 2 (App. Trento, 6 luglio 2023, n. 8), la sclerosi multipla degenerativa (App. Napoli 17 gennaio 2023, n. 168 e App. Palermo 15 febbraio 2022), la coxartrosi (App.

Nel primo caso, in cui la disabilità è accertata e di conseguenza certificata nelle sedi competenti, il modello della c.d. *constructive knowledge* è di ragionevole applicazione in quanto si può “presupporre” la *conoscenza* da parte del datore di lavoro di tale *status* in quanto il lavoratore o è stato assunto ai sensi della l. n. 68/1999 oppure ha acquisito, nel corso del rapporto, la certificazione ex l. n. 104/1992 (come modificati dal d.lgs. n. 62/2024). E’ quindi legittimo presumere in tali casi che il datore di lavoro abbia colpevolmente ignorato la disabilità del proprio dipendente. Sebbene, in caso di disabilità acquisita nel corso del rapporto di lavoro, sia interesse del lavoratore comunicare la relativa documentazione al proprio datore di lavoro per godere di tutti i diritti ad essa connessi.

Inoltre, in caso di assenza per malattia collegata allo *status* di disabilità, il D.M. 18 aprile 2012 prevede la possibilità, nell’attestato di malattia¹⁴ diretto al datore di lavoro, di barrare la casella relativa allo “stato patologico sotteso o connesso alla situazione di invalidità riconosciuta,” è quindi onere del medico curante¹⁵ che redige il certificato di malattia a seguito della visita medica, collegare l’assenza a tale evento in presenza di un nesso causale che solo lui può accertare, barrando appunto la suddetta casella. In tale quadro, il datore di lavoro avrebbe le informazioni necessarie per una corretta gestione del rapporto, senza esimenti.

Nel caso di disabilità “di fatto” o occulta, sopravvenuta nel corso del rapporto di lavoro, spesso riconducibile a patologie croniche che comportino una minorazione psicofisica idonea a ostacolare la sua partecipazione in condizioni di parità alla vita professionale, la questione si complica e pone invece un problema di *conoscibilità* di tale condizione secondo l’ordinaria diligenza che deve essere bilanciata con la tutela della *privacy* del lavoratore¹⁶.

A ben vedere, nell’attestato di malattia diretto al datore di lavoro viene generalmente indicata solo la prognosi, mentre la diagnosi è specificata nel certificato medico diretto all’Inps. Se il datore di lavoro disponesse di un certificato medico con la diagnosi della patologia del proprio dipendente, sarebbe in grado di effettuare un calcolo corretto delle assenze per malattia. Orientamento, tra l’altro, già applicato a determinati fini¹⁷, nella Pubblica Amministrazione dove per conseguire dei

Milano 9 dicembre 2022, n. 1128); sarcoidosi (Trib. Lecco 26 giugno 2022), una miastenia *gravis* (Trib. Milano 18 maggio 2022), un flebolinfodenoema all’arto inferiore destro (Trib. Milano, 2 maggio 2022, in www.wikilabour.it), un mieloma (Trib. Milano, 16 agosto 2022, n. 1938); il diabete mellito di tipo 2 (App. Genova, 21 luglio 2021, n. 211); la paresi del radiale sinistro con ipoplasia muscolare arto superiore sinistro (Trib. Santa Maria Capua Vetere, 11 agosto 2019, in *DeJure*), malattie mentali (Trib. Milano 24 settembre 2018), il disturbo della personalità schizoide (Trib. Pavia 31 ottobre 2020), un’ipertensione arteriosa (App. Genova 21 luglio 2020 e Trib. Pavia 16 marzo 2021, n. 876), oppure malattie oncologiche (Trib. Mantova 22 settembre 2021) come un craniofaringioma (Trib. Mantova 16 luglio 2018, n. 1060), un adenoma alla prostata (App. Torino 26 ottobre 2021); una doppia neoplasia linfoproliferativa (App. Firenze, 26 ottobre 2021).

¹⁴ Il lavoratore malato ha un obbligo di giustificazione che adempie recandosi dal medico curante per la visita medica sarà poi onere del medico redigere il certificato di malattia e trasmetterlo all’Inps, mentre il lavoratore dovrà solo trasmettere il numero di protocollo al proprio datore di lavoro affinché possa scaricarlo telematicamente, sul punto v. G. DELLA ROCCA, *La malattia del lavoratore subordinato tra vecchie e nuove tutele*, cit., p. 156 ss.

¹⁵ Il lavoratore malato ha un obbligo di giustificazione che adempie recandosi dal medico curante per la visita medica sarà poi onere del medico redigere l’attestato di malattia per il datore di lavoro (solo con prognosi) e il certificato di malattia (con diagnosi) da trasmettere all’Inps, mentre il lavoratore dovrà solo comunicare il numero di protocollo al proprio datore di lavoro affinché possa scaricarlo telematicamente, sul punto v. G. DELLA ROCCA, *La malattia del lavoratore subordinato tra vecchie e nuove tutele*, cit., p. 156 ss. Trib. Vicenza 27 aprile 2022, n. 181; Corte app. Torino 3 novembre 2021, n. 604 ha postulato l’onere per il dipendente di comunicare al datore di lavoro quali assenze siano ricollegate alla disabilità sofferta (anzitutto barrando la casella dei certificati medici in caso di disabilità riconosciuta).

¹⁶ Sulla questione della *privacy*, sia consentito rinviare a G. DELLA ROCCA, *La malattia del lavoratore subordinato tra vecchie e nuove tutele*, cit., p. 136 ed *ivi* per ulteriori riferimenti.

¹⁷ Ciò accade nelle ipotesi di esenzione dalla decurtazione della retribuzione e dal regime della reperibilità ai fini della visita fiscale.

benefici *ad hoc*, la Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri n. 2 del 28/09/2010 rileva che “esistono però alcune situazioni particolari in cui il datore ha necessità di conoscere la diagnosi”. In queste situazioni l’amministrazione è tenuta ad applicare il regime generale a meno che non abbia la documentazione che consenta di derogarvi ed è innanzitutto interesse del dipendente che si assenti che l’amministrazione abbia tutti gli atti necessari per applicare in maniera corretta la normativa di riferimento.

Tuttavia, come è noto, le informazioni sullo stato di malattia rientrano nelle “particolari categorie” di dati personali relativi alla salute (*ex* dati “sensibili”), *ex* art. 9 del Regolamento generale sulla protezione dei dati (GDPR)¹⁸, il cui trattamento è oggetto di divieto posto dal paragrafo 1 del citato art. 9 del GDPR, salvo, tra le altre ipotesi, che l’interessato non abbia prestato il proprio consenso esplicito al trattamento per una o più finalità specifiche.

Inoltre, in tema di malattia, le indicazioni del Garante per la *Privacy*¹⁹ sono chiare: “gli organismi sanitari devono mettere in atto specifiche procedure dirette a prevenire nei confronti di estranei un’esplicita correlazione tra l’interessato e reparti o strutture, indicativa dell’esistenza di un particolare stato di salute”, cautele che “devono essere orientate anche alle eventuali certificazioni richieste per fini amministrativi non correlati a quelli di cura (ad es. per giustificare un’assenza dal lavoro...)”. Ribadisce, inoltre, l’obbligatoria assenza di qualsiasi informazione (diagnosi, indicazioni di visite specialistiche, struttura presso la quale è stata erogata la prestazione, timbro con la specializzazione del sanitario) che possa far risalire allo stato di salute dell’interessato.

Ciò trova riscontro anche nell’orientamento della Cassazione (31 ottobre 2018, n. 2367) in riferimento alla visita medica di controllo disposta dall’Inps. Infatti, “l’interpretazione delle norme preposte alla tutela della riservatezza, con particolare riferimento ai dati sensibili quali certamente sono quelli concernenti le condizioni di salute del dipendente malato, induce a ritenere che il datore di lavoro debba essere a conoscenza soltanto della *conferma della prognosi da parte del medico fiscale* e che, dunque, qualsiasi indicazione – anche concernente le visite specialistiche prescritte – dalla quale possa essere desunta la diagnosi, debba ritenersi contrastante con la normativa sulla tutela della *privacy*”.

Risulta evidente che il datore di lavoro non sia nelle condizioni di essere a conoscenza della malattia causa dell’assenza del lavoratore, trovandosi quindi esposto al rischio di vedersi “convertire” un licenziamento per superamento del compito in un licenziamento discriminatorio con conseguente nullità e applicazione del primo comma dell’art. 18 St. Lav. (nella versione aggiornata dalla l. 92/2012) nonché dell’art. 2 del d.lgs n. 23/2015.

¹⁸ Sulla tutela della *privacy* nel rapporto di lavoro, cfr. P. ICHINO, *Diritto alla riservatezza e diritto al segreto nel rapporto di lavoro*, Milano, 1979; M. AIMO, *Il trattamento dei dati personali del lavoratore: la legge sulla privacy e lo Statuto dei lavoratori*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1998, p. 1 ss.; P. CHIECO, *Privacy e lavoro. La disciplina del trattamento di dati personali del lavoratore*, Bari, 2000; A. BELLAVISTA, *Poteri dell’imprenditore e privacy*, in G. ZILIO GRANDI (a cura di), *I poteri del datore di lavoro nell’impresa*, Padova, 2002, p. 41; A. PRETEROTTI, *Raccolta di dati e pertinenza*, in *La protezione dei dati personali*, BIANCA C.M., BUSNELLI F.D. (a cura di), in *Le nuove leggi commentate*, Padova, 2007, pp. 1443-1452; A. TROJSI, *Il diritto del lavoratore alla protezione dei dati personali*, Torino, 2013; C. DEL FEDERICO, *Il trattamento dei dati personali dei lavoratori e il Regolamento 2016/679/UE. Implicazioni e prospettive*, in P. TULLINI (a cura di), *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, Torino, 2017, 61 ss.; C. PISANI- G. PROIA – A. TOPO (a cura di), *Privacy e lavoro. La circolazione dei dati personali e i controlli nel rapporto di lavoro*, Milano, 2022; A. MAURO, *Profilazione dei lavoratori in malattia e tutela della privacy: la strada in salita per l’integrazione tra GDPR e normativa nazionale*, in *Bollettino Adapt*, n. 34, 8 ottobre 2018.

¹⁹ Cfr. Provvedimento del 26 settembre 2024, Newsletter n. 398 del 9 febbraio 2015, doc. web n. 3710265; Provvedimento generale del 9 novembre 2005.

Per ovviare a tale rischio, come è stato condivisibilmente affermato²⁰, basterebbe che il medico curante indicasse nell'attestato di malattia, col consenso del lavoratore, che si tratti genericamente di "malattia connessa a disabilità", senza necessità di diagnosi, così da rispettare la *privacy* del lavoratore in ordine alla patologia specifica di cui è affetto e consentire, allo stesso tempo, al datore di lavoro una corretta gestione delle assenze ai fini del calcolo del periodo di comporta. Indicazione che potrà essere poi confermata in sede di visita di controllo del medico fiscale.

Anche per quanto attiene all'adempimento dell'obbligo di accomodamenti ragionevoli si pone la stessa questione, soprattutto, ancora una volta, quando si tratti di disabilità occulta o "di fatto", non preventivamente accertata e certificata.

I giudici, in un primo momento, hanno riconosciuto un onere di comunicazione in capo al lavoratore²¹, in seguito hanno affermato che il datore di lavoro può avere contezza della disabilità con l'ordinaria diligenza²² attraverso la sorveglianza sanitaria *ex art.* 41 del d.lgs. n. 81/2008 ovvero *desumendola* attraverso le certificazioni mediche e/o documentazione inviate dal dipendente in quanto *sintomatiche* di un particolare stato di salute costituente una situazione di *handicap*.

Per quanto attiene alla sorveglianza sanitaria (*ex art.* 41 d.lgs. n. 81/2008 come modificato dalla legge n. 203/2024)²³, a ben vedere si rivela uno strumento senz'altro utile, in particolare la visita medica precedente alla ripresa del lavoro a seguito di un'assenza per motivi di salute di durata superiore ai sessanta giorni (ora "obbligatoria" nella misura in cui il medico competente la riterrà necessaria). Tuttavia, tale assenza può essere considerata un "sintomo" rivelatore della sussistenza di una malattia di lunga durata ma non anche di disabilità, posto che non ogni patologia duratura implica lo *status* di disabilità²⁴, e sarà quindi onere del medico competente il suo accertamento e la successiva comunicazione al datore di lavoro.

Infine, in riferimento alla documentazione inviata dal dipendente, se si tiene conto della suddetta normativa in tema di *privacy* e di quanto espresso dal Garante per la *Privacy*²⁵, per il datore di lavoro *desumere* lo stato di salute del proprio dipendente attraverso le certificazioni mediche o dalla documentazione inviata dal lavoratore si rivela "impossibile". Considerazione già sollevata dal Tribunale di Ravenna, con l'ordinanza di rinvio alla Corte di giustizia dell'UE 2023/732 del 4.1.23

²⁰ A. MARESCA, *Disabilità e licenziamento per superamento del periodo di comporta*, cit., p. 7.

²¹ Cfr. Trib. Bologna 19 maggio 2022, n. 230; Trib. Vicenza 27 aprile 2022, n. 181, con nota di F. COPPOLA, *La natura discriminatoria del licenziamento del dipendente disabile per superamento del comporta: una questione tutt'altro che risolta*, in *Riv. it. dir. lav.*, 4, 2022, p. 595; Trib. Rovereto 8 marzo 2022, n. 16; App. Palermo 14 febbraio 2022, n. 111; Trib. Venezia ord. 7 dicembre 2021, n. 6273; App. Torino 26 ottobre 2021; App. Torino 3 novembre 2021, n. 604 che sottolinea proprio che al fine di rendere esigibile detto obbligo (di espungere dal comporta le assenze collegate allo stato di invalidità del dipendente) "occorrerebbe imporre al dipendente l'onere di comunicare quali assenze siano riconducibili alla malattia invalidante, stante l'oggettiva impossibilità per il datore di lavoro di controllare detto nesso causale non essendo a conoscenza della diagnosi dei certificati di malattia", annotata da F. UBERTIS, *Licenziamento per superamento del comporta: trattamento differenziato per il dipendente invalido*, in *Bollettino Adapt*, 10 gennaio 2022, n.1, che qualifica l'onere di comunicazione "un principio di civiltà giuridica", p. 2."

²² Cass. 31 maggio 2024, n. 15282; Cass. 23 maggio 2024, n. 14402, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2024, II, p. 376, con nota di S. BUOSO, *Conferme sull'auspicata differenziazione collettiva del comporta del disabile e sull'"ineludibile" interlocuzione alla base degli accomodamenti ragionevoli*; Cass. 22 maggio 2024, n. 14316, in *Arg. Dir. lav.*, 2024, p. 1320, con nota di A. TROVATO, *Rilevanza della conoscenza dello stato di disabilità e obbligo di adottare accomodamenti ragionevoli*.

²³ E. DAGNINO, *Sorveglianza sanitaria e malattia del lavoratore: l'inadeguatezza di un'impostazione (e un'interpretazione) restrittiva*, in *Dir. rel. ind.*, 2024, n. 2, p. 548-549. Sul tema della disabilità e sicurezza sul lavoro rinvio al contributo di S. Bertocco.

²⁴ R. VOZA, *Eguaglianza e discriminazioni nel diritto del lavoro. Un profilo teorico*, Messina, 23-25 maggio 2024, p. 55, datt.

²⁵ Cfr. nota 18.

(²⁶), in cui ha evidenziato che, per la normativa sulla *privacy*, il datore di lavoro è nell'impossibilità di distinguere le assenze causate da malattia comune da quelle dovute a patologie croniche invalidanti.

Infatti, come già evidenziato, nell'attestato di malattia è ammessa solo la prognosi e non deve essere indicata alcuna informazione (diagnosi, indicazioni di visite specialistiche, struttura presso la quale è stata erogata la prestazione, timbro con la specializzazione del sanitario) che possa far risalire allo stato di salute dell'interessato, salvo che non sia il medico curante ad indicare nell'attestato di malattia la connessione tra patologia e disabilità.

E pertanto, come sostenuto nell'ultimo arresto della Cassazione²⁷, se si attribuisce in capo al datore di lavoro un "onere di attivazione", prima di procedere al licenziamento per superamento del periodo di comporto, al fine di acquisire "ulteriori informazioni" (direttamente) dal lavoratore circa l'eventualità che le sue assenze per malattia siano correlate ad uno *status* di disabilità²⁸, sembra opportuno che il lavoratore abbia non solo un mero comportamento "non ostruzionistico" ma un "dovere di collaborazione". In altri termini, per un equo contemperamento degli interessi coinvolti, alla richiesta del datore di lavoro di informazioni deve corrispondere comportamento proattivo del lavoratore teso a rendere disponibile la documentazione necessaria che attesti o la sua disabilità (qualora già certificata) o la connessione (il nesso causale) tra la sua patologia cronica e la condizione di disabilità.

La partecipazione attiva del lavoratore, in particolare per quanto riguarda gli accomodamenti ragionevoli, è in linea con quanto previsto dall'art. 17 del d.lgs. n. 62/2024. Infatti, tale articolo stabilisce la facoltà per la persona con disabilità di *richiedere*, con apposita istanza scritta, l'adozione di un accomodamento ragionevole, anche formulando una proposta e partecipando al procedimento dell'individuazione dello stesso. Pare evidente, quindi, che il dialogo, l'*"interlocuzione e il confronto tra le parti"* siano dei presupposti essenziali ed ineludibili per una corretta gestione del rapporto di lavoro.

3. Conoscenza ed effettività delle tutele.

Alla luce delle considerazioni che precedono, negare la rilevanza della conoscenza o conoscibilità della condizione di disabilità da parte del datore di lavoro, comporta il venir meno dell'effettiva realizzazione del principio della parità di trattamento che impone, innanzitutto, l'adozione di azioni positive ad essa funzionali, in quanto la tutela viene per lo più garantita solo *ex post* al termine del contenzioso giudiziale, a "discriminazione" avvenuta, spogliando così il datore di lavoro dal suo ruolo di soggetto attivo e positivo della parità di trattamento.

²⁶ Trib. Ravenna 4 gennaio 2023, n. R.G. 2023/732 ha rinviato alla Corte di Giustizia la questione interpretativa della assenza del comporto differenziato (nel CCNL Confcommercio) tra lavoratori disabili e non. In particolare, il giudice rimettente ha sollevato dubbi sulla necessità di stabilire una durata specifica del periodo di comporto per i disabili ed ha esposto perplessità riguardo alla fattibilità di strumenti come lo scomputo.

²⁷ Cass. 24 aprile 2025, n. 10890; Cass. 7 gennaio 2025, n. 170, cit.; Cass. 31 maggio 2024, n. 15282; Cass. 23 maggio 2024, n. 14402, cit.; Cass. 22 maggio 2024, n. 14316, cit. Per un commento, M. SALVAGNI, *Il licenziamento del lavoratore disabile per superamento del comporto nella interpretazione della Cassazione: la conoscenza del fattore di rischio e "l'onere bifronte" a carico delle parti per applicare l'accomodamento ragionevole*, in *Labor*, 2 novembre 2024.

²⁸ A. PILEGGI, *Relazione Aidlass su Diritto antidiscriminatorio e trasformazioni del lavoro*, Messina, 23-25 maggio 2024 sottolinea infatti che "i datori devono ora porsi domande che non si sarebbero mai posti con riferimento ai propri dipendenti assenti per malattia. Prima dovevano solo fare bene i conti. Ora hanno bisogno di una diagnosi. E di una terapia per licenziare. Capire se, quando e come. (...) non è più questione di numeri, ma, se mai, di numeri ed accomodamenti".

In una situazione ancora in via di definizione, in attesa della piena attuazione del procedimento di valutazione multidimensionale previsto dal d.lgs. n. 64/2024, la sorveglianza sanitaria *ex art.* 41 del d.lgs. n. 81/2008 può essere un valido strumento a disposizione del datore di lavoro per essere a conoscenza dello stato di salute dei propri dipendenti. In particolare, all'eventuale ma opportuna visita medica al rientro da un'assenza per motivi di salute superiore ai 60 giorni consecutivi, vanno affiancate delle visite mediche periodiche di controllo che consentano al datore di lavoro di monitorare con regolarità lo stato di salute generale dei propri dipendenti e venire così a conoscenza del sopraggiungere di eventuali disabilità tempestivamente.

In tale ambito, anche il ruolo del medico competente andrebbe ridefinito, in quanto la sua valutazione non dovrà essere più una verifica strettamente medica delle condizioni di salute del lavoratore in riferimento ai rischi derivanti dalle mansioni affidate ma, in base al concetto di disabilità bio-psico-sociale, dovrà valutarle in generale, tenendo conto dell'interazione persona-ambiente e di tutte le componenti del funzionamento della persona, da quelle fisiche a quelle psicologiche e sociali. In quest'ottica, sarebbe auspicabile una "collaborazione sinergica"²⁹ con la figura del *Disability manager*, di cui è stata promossa l'istituzione all'art. 1 punto e) del d.lgs. n. 151 del 2015, in quanto responsabile del processo di inserimento delle persone con disabilità nei luoghi di lavoro, il cui ruolo si rivela importante anche per l'individuazione delle soluzioni ottimali di inclusione lavorativa attraverso l'individuazione degli accomodamenti ragionevoli, da valutare caso per caso.

Risulta, inoltre, indicato ridefinire le competenze del medico curante, titolato a rilasciare l'attestato di malattia giustificativo dell'assenza del lavoratore, affinché si assuma l'onere di segnalare le assenze di malattia connesse con lo stato di disabilità, così da mettere il datore di lavoro in condizione di conteggiare in modo corretto il periodo di comporta, come disciplinato dai contratti collettivi, nonché di applicare gli accomodamenti ragionevoli necessari.

Per concludere, in questa fase di transizione, si dimostra centrale l'onere di cooperazione e di informazione tra datore di lavoro e lavoratori con disabilità, un necessario dialogo tra le parti riletto nel prisma delle clausole generali di correttezza e buona fede³⁰.

In termini di certezza del diritto, la disabilità è nota quando sia stata accertata e valutata nella sede competente (sarà infatti affidata in via esclusiva all'Inps dal 1 gennaio 2027, *ex L.* 104 del 1992 e L. n. 68 del 1999, come modificate dal d.lgs. n. 62 del 2024) e comunicata al datore di lavoro. E pertanto, le rilevanti problematiche evidenziate, che stanno creando una serie di orientamenti giurisprudenziali contrastanti, saranno superate dal momento che troverà applicazione in via definitiva la nuova valutazione multidimensionale della disabilità, prevista nel d.lgs. n. 62/2024, che libererà così il datore di lavoro da ulteriori oneri di conoscibilità, che lo espongono a gravi sanzioni, consentendogli un agire positivo, organizzato ed informato.

²⁹ Sulla connessione tra medico competente e responsabile dei processi di inserimento lavorativo, v. A. LEVI, *Sostenibilità del lavoro e tutela della salute in senso dinamico: la prospettiva privilegiata delle malattie croniche*, cit., p. 289

³⁰ In tal senso, V. FILIP, *Superamento del comporta di malattia e rischio di discriminazione indiretta per disabilità*, in *Giust. it.*, 2023, n. 10, p. 2150. V. anche, F. NARDELLI, *Il difficile bilanciamento tra tutela della disabilità e della privacy*, in *Var. temi Dir. Lav.*, 2023, n. 4, pp. 1051-1067". Sui profili di criticità di tale posizione, v. F. AVANZI, *Il recesso per superamento del "comporta" alla prova del diritto antidiscriminatorio. La "crisi" dell'art. 2110 c.c. nell'ordinamento "multilivello"*, Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi, 10 giugno 2022, in www.fondazionegiuseppepera.it, pp. 18-19; A. MARESCA, *Disabilità e licenziamento per superamento del periodo di comporta*, cit., 2024, p. 7 ritiene che nel certificato medico del disabile malato basti indicare genericamente che si tratta di "malattia dovuta a disabilità" senza necessità di diagnosi.