

CORSO DI DIRITTO ANTIDISCRIMINATORIO

**La discriminazione per disabilità: casi pratici e soluzioni della
giurisprudenza**

Dott. Lorenzo AUDISIO

Giudice del lavoro Tribunale di Torino

IN TEMA DI LICENZIAMENTO, COSTITUISCE DISCRIMINAZIONE INDIRETTA L'APPLICAZIONE DELL'ORDINARIO PERIODO DI COMPORTO AL LAVORATORE DISABILE, PERCHÉ 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 COMPORTO BREVE IN UNA PRASSI DISCRIMINATORIA NEI CONFRONTI DEL PARTICOLARE GRUPPO SOCIALE PROTETTO IN QUANTO IN POSIZIONE DI PARTICOLARE SVANTAGGIO. (PRINCIPIO AFFERMATO IN RELAZIONE AL PERIODO DI COMPORTO PREVISTO DALL'ART. 42, LETTERA B), DEL C.C.N.L. FEDERAMBIENTE DEL 17 GIUGNO 2011).

CORTE DI CASSAZIONE, SEZ. LAVORO, SENTENZA N. 9095/2023

LA CRUCIALITÀ DEL PRINCIPIO DI PARITÀ DI TRATTAMENTO E L'URGENZA DI ASSICURARNE IL MASSIMO RISPETTO IMPONGONO DI ATTRIBUIRE ALLA TUTELA DI CHI È COLPITO DALLA SUA VIOLAZIONE LA PIÙ AMPIA ESTENSIONE POSSIBILE, AGGANCIANDOLA UNICAMENTE ALLA VERIFICA CHE, IN CONCRETO, È INTERVENUTA UNA DISCRIMINAZIONE ED ESCLUDENDO QUALSIASI RILEVANZA DI OGNI ALTRO ASPETTO, QUALE LA MOTIVAZIONE DEL COMPORTAMENTO DISCRIMINATORIO (COME ESPRESSAMENTE SANCISCONO, PER IL LICENZIAMENTO, L'ART. 3 DELLA L. N. 108/1990 E L'ART. 18 COMMA 1 L. N. 300/1970) E, PIÙ IN GENERALE, OGNI PROFILO DELLA CONDIZIONE SOGGETTIVA DEL SUO AUTORE.

ORDINANZA FORNERO D.SSA PALIAGA N. 12716/2023 DEL 02/07/2023

IL DOVERE DEL DATORE DI LAVORO DI ESPUNGERE DAI GIORNI DI ASSENZA PER MALATTIA QUELLI RICONDUCIBILI ALLA DISABILITÀ DEL DIPENDENTE PRESUPPONE LA CONOSCENZA DELLA RAGIONE DELL'ASSENZA, E DETTA CONOSCENZA È POSSIBILE SOLO CON LA COOPERAZIONE DEL DIPENDENTE, SUL QUALE INCOMBE L'ONERE DI COMUNICARE LE ASSENZE RICONDUCIBILI ALLA DISABILITÀ, IL CUI ADEMPIMENTO È RESO POSSIBILE DAL D.M. 18.4.2012.

CORTE D'APPELLO DI TORINO, SENTENZA N.604/21

IL CONTRATTO COLLETTIVO CHE NON CONTEMPLA UN REGIME DIFFERENZIATO DEL PERIODO DI COMPORTO PER MALATTIE CONNESSE ALLO STATO DI HANDICAP PONE IN ESSERE UNA DISCRIMINAZIONE INDIRETTA, EQUIPARANDO IN MODO NON CONSENTITO LO STATO DI HANDICAP (CARATTERIZZATO DA UNA MENOMAZIONE PERMANENTE NON DESTINATA ALLA GUARIGIONE MA NELLA MAGGIOR PARTE DEI CASI AL PEGGIORAMENTO DEI POSTUMI) AD UNA COMUNE “MALATTIA”(INTESA COME EPISODIO DI INABILITÀ TEMPORANEA DESTINATO ALLA GUARIGIONE).

CORTE D'APPELLO DI GENOVA, SENTENZA N. 211/2021

•1) IL LIBERO PROFESSIONISTA CONVENZIONATO CON ASL A MEZZO CONTRATTO DI COLLABORAZIONE A TEMPO PARZIALE E' ASSIMILABILE AL «LAVORATORE» DI CUI ALLA NOZIONE ELABORATA DALLA CGUE AI FINI DELL'APPLICAZIONE DELLA DIRETTIVA 97/81/CE RELATIVA ALL'ACCORDO QUADRO SUL RAPPORTO DI LAVORO A TEMPO PARZIALE E DELLA DIRETTIVA 2000/78/CE IN MATERIA DI TUTELA CONTRO LE DISCRIMINAZIONI

2) GLI ACN IN MATERIA DI SPECIALISTI AMBULATORIALI RECEPISCONO L'ART. 33 COMMA 3 LEGGE 104/92 RELATIVO AI PERMESSI MENSILI, DA RICONOSCERSI IN PROPORZIONE ALL'ORARIO SETTIMANALE DI ATTIVITA'

3) AL FINE DI STABILIRE QUANTI GIORNI DI PERMESSO AL MESE SPETTANO AI COLLABORATORI PART-TIME, OCCORRE VERIFICARE LA COLLOCAZIONE ORARIA SETTIMANALE, VALUTANDO IL RAPPORTO TRA GIORNI DI LAVORO E GIORNI DI RIPOSO IN MODO CHE I LAVORATORI A TEMPO PARZIALE PORTATORI DI HANDICAP NON SIANO DISCRIMINATI RISPETTO AGLI ALTRI LAVORATORI

4) AL FINE DI GARANTIRE LA PARITA' DI TRATTAMENTO, AI LAVORATORI A TEMPO PARZIALE VERTICALE PORTATORI DI HANDICAP DEVONO RICONOSCERSI DUE PERMESSI MENSILI QUALORA OPERINO SU 3 O 4 GIORNI SETTIMANALI ED UN PERMESSO SE OPERINO SU 1° 2 GIORNI SETTIMANALI.

5) LA SCELTA DEGLI ANC DI NON RICONOSCERE INIZIALMENTE I PERMESSI EX ART. 33 COMMA 3 LEGGE 104/92 ANCHE AI LAVORATORI ESSI STESSI DISABILI, MA SOLTANTO AI C.D. CAREGIVER CONFIGURA UNA DISCRIMINAZIONE VIETATA DALLA DIRETTIVA 2000/78/CE, TRATTANDOSI DI ACCOMODAMENTO RAGIONEVOLE.

TRIBUNALE DI TORINO SENTENZA N. 637/2023 DEL 26.6.2023. Est. Dott. PALIAGA

LA CORTE D'APPELLO, NEL DICHIARARE NULLO IL RECESSO PER SUPERAMENTO DEL PERIODO DI COMPORTO INTIMATO A UNA LAVORATRICE AFFETTA DA DISABILITÀ, HA RILEVATO UN COMPORTAMENTO DIRETTAMENTE DISCRIMINATORIO DEL DATORE DI LAVORO, CONSISTENTE NEL NON AVER ADOTTATO I RAGIONEVOLI ACCOMODAMENTI CHE AVREBBERO FACILITATO LA LAVORATRICE NEGLI ADEMPIMENTI DI LEGGE UTILI ALLO SCOPO DI INFLUIRE SUL TRASCORRERE DEL PERIODO DI COMPORTO.

CORTE D'APPELLO DI MILANO, SENTENZA 11.10.2023

I più autorevoli economisti sostengono che per tutto il mondo del lavoro oggi – anche per incrementare i profitti degli imprenditori e migliorare l'immagine della P.A. – non vi è altra strada da percorrere che puntare sul riconoscimento in concreto della pari dignità delle persone onde **improntare le relazioni reciproche tra i consociati, negli ambienti di lavoro e nei rapporti con le Istituzioni e le Pubbliche Amministrazioni alla fiducia**, elemento fondamentale della democrazia.

In questo, pur avendo indubbio rilievo gli interventi del legislatore e della contrattazione collettiva, il ruolo degli interpreti (avvocatura e giurisprudenza) è fondamentale, essendo coinvolti diritti fondamentali, come il lavoro e la salute. Questo tipo di diritti possono essere assicurati adeguatamente in sede giudiziaria, a condizione che i **giudici siano aperti al sopranazionale e all'internazionale** e, cioè, ad instaurare un dialogo tra loro, non solo all'interno dei singoli ordinamenti di appartenenza, ma anche con le Corti sopranazionali, come la Corte EDU e la Corte di giustizia UE.

- Interpretare una legge non è come risolvere un'equazione di matematica: vi è sempre un margine di scelta che è lasciato all'interprete, il quale deve saperlo amministrare cercando di trovare la soluzione più adeguata al caso concreto, in modo tale da garantire ugualmente la certezza del diritto, esigenza immanente del sistema.
- È questo il modo in cui oggi gli avvocati ed i giudici sono chiamati ad esercitare il proprio ruolo sociale – assegnato dalla Costituzione – contribuendo alla pace sociale nel risolvere le singole vertenze di volta in volta esaminate, con il principale obiettivo di **rispettare il principio di uguaglianza, in forza del quale casi analoghi devono essere giudicati, per quanto possibile, in modo analogo.**
- Questo, ovviamente, vale in modo particolarmente significativo per la materia del diritto del lavoro, ove sono coinvolti diritti fondamentali della persona, riconosciuti dalla nostra Carta Costituzionale.
- L'impegno non è certamente facile, ma il continuo scambio di conoscenze fra avvocatura e giurisprudenza e la ricerca di soluzioni il più possibile condivise ed uniformi nonché adeguate al costante mutamento della realtà sociale e lavorativo sono un obiettivo che l'intera società richiede al «sistema giustizia» nel suo complesso e a cui ogni attore del processo, secondo il proprio ruolo, deve rispondere con responsabilità ed impegno.



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE ORDINARIO di TORINO
SEZIONE LAVORO

in persona della Giudice dott.ssa **Daniela PALIAGA**, ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A


ai sensi dell'art. 429 c.p.c. nella causa RGL n. 1110/2022 promossa da



assistito dall'avv. ANGELICA SAVOINI

- PARTE RICORRENTE -

C O N T R O

A.S.L.  assistita dagli avv.ti CINZIA PICCO e PAOLO SCAPARONE

-PARTE CONVENUTA-

Oggetto: Altre ipotesi

Le domande e lo svolgimento del processo.

1. Il ricorrente, psicologo convenzionato a tempo indeterminato della ASL convenuta per 22 ore settimanali, invalido civile dal dicembre 2008 e portatore di handicap con connotazione di gravità dal settembre 2009, lamenta di aver inutilmente chiesto, a gennaio 2010, di beneficiare dei permessi previsti dall'articolo 33 della legge n. 104/1992, concessigli soltanto da aprile 2020 nella misura di 13,12 ore al mese, ed altresì che, a partire da settembre 2021, il beneficio è stato ridotto ad un solo giorno al mese.
2. Sostenendo il carattere discriminatorio sia del riconoscimento di un numero di permessi inferiore a quelli concessi ai colleghi che lavorano 38 ore settimanali (a cui vengono riconosciuti tre permessi), sia della mancata concessione di permessi sino a marzo 2020, il ricorrente chiede in via principale l'accertamento del suo diritto a fruire di tre giorni di permesso retribuito al mese, con conseguente condanna dell'ASL convenuta ad attivare immediatamente tale trattamento, e del suo diritto a fruirne sin da gennaio 2010, con conseguente condanna della ASL a risarcire il danno cagionatogli per il passato nella misura di € 38.708,95.
3. In subordine, il ricorrente chiede accertarsi il suo diritto a fruire di due giorni di permesso retribuito al mese, con conseguente condanna dell'ASL convenuta ad attivare immediatamente tale trattamento, e del suo diritto a fruirne sin da



gennaio 2010, con conseguente condanna della ASL a risarcire il danno cagionatogli per il passato nella misura di € 24.518,89.

4. La ASL convenuta chiede il rigetto di entrambe le domande sottolineando l'inapplicabilità della l. n. 104/1992 ai rapporti di convenzione come quello del ricorrente; sostiene la legittimità del diniego dei permessi dal 2010 al 2020 alla luce delle previsioni degli Accordi Collettivi Nazionali vigenti *ratione temporis* - i quali, anteriormente all'ACN 31 marzo 2020, riconoscevano il diritto a fruire dei permessi ai professionisti convenzionati soltanto per assistere i familiari disabili e non anche a coloro che fossero disabili essi stessi - e difende la legittimità della riduzione del numero di permesso ad un giorno al mese, perché avvenuta in applicazione del parere SISAC n. 494 del 25 maggio 2020, avente ad oggetto il criterio per il proporzionamento all'orario settimanale di attività del numero dei permessi prescritto dall'ANC.

5. Alla prima udienza del 25 maggio 2022, parte ricorrente ha prodotto la sentenza n. 4482/2020 della Corte d'Appello di Roma, invocando in via preliminare l'interpretazione degli ACN ivi abbracciata secondo cui, in realtà, esse attribuiscono il diritto ai permessi anche ai portatori di handicap in proprio.

6. Ritenuto necessario per l'interpretazione delle previsioni da applicare, la giudice ha disposto informative sindacali ai sensi dell'art. 425 c.p.c., escludendo invece l'applicabilità dell'art. 64 d.lvo n. 165/2001 in quanto la previsione dell'art. 4 comma 9 l. 142/1991 (come modificata dall'art. 52 comma 27 l. n. 289/2002) che ha istituito la SISAC (Struttura Interregionale Sanitari Convenzionati, che rappresenta la parte pubblica nella stipulazione degli ACN) non lo menziona tra le previsioni del TU sul Pubblico Impiego applicabili alla contrattazione collettiva che fa capo ad essa.

7. Concluse le informative sindacali, la giudice ha autorizzato lo scambio di note scritte in merito alla applicabilità al caso di specie sia della direttiva 2000/78/CE, sia della direttiva 97/81/CE e, all'esito della discussione orale del 27 marzo 2023, ha assunto la presente decisione.

La vicenda lavorativa.

8. I seguenti fatti rilevanti ai fini della decisione sono pacifici e risultano dai documenti in atti.

9. A marzo 2009 il ricorrente ha ricevuto un incarico a tempo determinato come psicologo ambulatoriale che, a decorrere dal 16 marzo 2010, è stato trasformato a tempo indeterminato e l'incarico è sempre stato di 22 ore settimanali, distribuite in eguale misura su 4 giorni settimanali.

10. Il rapporto è stato man mano regolato dagli Accordi Collettivi Nazionali per la disciplina dei rapporti con gli specialisti ambulatoriali interni, veterinari ed altre professionalità sanitarie (biologi, chimici, psicologi) ambulatoriali ai sensi dell'art. 8 del d.lgs. n. 502 del 1992 e successive modificazioni ed integrazioni (ACN) succedutisi nel tempo e precisamente del 23 marzo 2005, 29 luglio 2009, 17 dicembre 2015 e 31 marzo 2020.

11. Nel dicembre 2009, essendo risultato invalido con riduzione permanente della capacità lavorativa in misura superiore ad un terzo (nel dicembre 2008) e



portatore di handicap con connotazione di gravità (nel settembre 2009), il ricorrente ha chiesto di poter usufruire dei permessi ex art. 33 l. n. 104/1992, ma la ASL convenuta, a gennaio 2010, ha respinto la domanda indicando come unico istituto recepito dall'ACN l'agevolazione prevista dall'art. 33 comma 3 l. n. 104/1992 in favore dei soli genitori, parenti, affini e conviventi di minore o soggetto con handicap in condizione di gravità.

12. Nell'aprile 2020 il ricorrente ha reiterato la richiesta, che è stata accolta con riconoscimento di un permesso mensile *"pari a 13.12 ore mensili, fruibili solo per giornate intere, anche in maniera continuativa, regola derogabile solo nel caso in cui le ore residue di permesso non siano sufficienti a coprire l'intera giornata"* e, da allora, ha usufruito di due giorni di permesso al mese.

13. Il 14 settembre 2021 la convenuta ha comunicato che, da quel momento, *"in linea con l'ACN vigente e con quanto chiarito nei pareri applicativi forniti dalla SISAC"*, chi ha un incarico fino a 25 ore settimanali può usufruire mensilmente di un solo giorno di permesso e, da quel momento, il ricorrente ha potuto godere di una sola giornata di permesso.

Le previsioni collettive che interessano la decisione.

14. Anche il contenuto delle previsioni collettive che si sono succedute nel corso dell'incarico del ricorrente è pacifico e documentale.

15. A partire dal 2005, gli ACN hanno previsto l'applicazione delle norme di cui al comma 3 dell'art. 33 della legge n.104/92 agli specialisti ambulatoriali e ai professionisti.

16. Gli ACN 23 marzo 2005 (doc. 26) e 27 maggio 2009 (doc. 27), in particolare, prevedevano entrambi all'art. 37 comma 5 *"Agli specialisti ambulatoriali e ai professionisti si applicano le norme di cui al comma 3, dell'art.33, della legge n.104/92, in rapporto all'orario settimanale di attività"*.

17. L'art. 32 comma 7 dell'ACN 17 dicembre 2015 (doc.28) è stato riformulato in *"Agli specialisti ambulatoriali, ai veterinari e ai professionisti si applicano le norme di cui al comma 3, dell'art. 33, della Legge n. 104/92, in proporzione all'orario settimanale di attività. Il limite dei tre giorni/mese è da considerare maturato esclusivamente in caso di raggiungimento del massimale orario di cui all'art. 26, comma 1; i permessi sono da fruire solo per giornate intere e ridotti in proporzione al numero delle ore di incarico settimanale"*.

18. Nell'art. 34 comma 7 dell'ACN 31 marzo 2020 (doc. 25) è stata infine aggiunta la previsione che *"I permessi di cui al comma 3 dell'articolo 33 della Legge n. 104/92 si applicano anche agli specialisti ambulatoriali, ai veterinari e ai professionisti portatori di handicap, i quali hanno diritto di scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina alla propria residenza nell'ambito dell'Azienda e non possono essere trasferiti in altra sede senza il loro consenso"*.

Il quadro normativo di riferimento.

19. Prima di entrare nel merito delle due domande, è opportuna una premessa di fondo che le riguarda entrambe.

20. Come è pacifico tra le parti, la legge n. 104/1992 non è direttamente applicabile al caso di specie. Non lo sono neanche il d.lvo n. 216/2003 che ha recepito la direttiva 2000/78/CE sulla parità di trattamento in materia di



occupazione e condizioni di lavoro, né il d.lvo 81/2015 in cui sono confluite le previsioni del d.lvo n. 61/2000, che aveva recepito la direttiva 97/81/CE relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale.

21. Tali previsioni normative, infatti, riguardano i soli lavoratori dipendenti mentre, secondo la giurisprudenza consolidata - di cui, in questa sede, non sono stati in alcun modo contestati gli approdi - il rapporto di lavoro che lega la ASL al ricorrente, e a tutti gli specialisti ambulatoriali, veterinari e professionisti a cui si applicano gli ACN in questione (d'ora in poi indicati come professionisti convenzionati), è un rapporto di lavoro autonomo (cfr., ad esempio, Cass. n. 6294/2020).

22. Il diritto dei professionisti convenzionati ad usufruire dei permessi di cui all'art. 33 della legge n. 104/1992, quanto meno allo stato, ha un riconoscimento giuridico solo per effetto - e nei limiti - dei citati ACN che, a partire dal 2005, lo hanno introdotto nell'ordinamento.

23. A ciò consegue che la legittimità della condotta di parte convenuta non può essere sindacata alla luce delle previsioni della legge n. 104/1992, né delle altre disposizioni antidiscriminatorie specificamente dettate per il lavoro subordinato dai provvedimenti normativi di cui al punto 20, potendosi avere riguardo soltanto alle regole ed ai principi direttamente applicabili al rapporto di convenzione.

24. Poiché il principio di parità di trattamento dei lavoratori a tempo parziale rispetto ai lavoratori a tempo pieno, invocato dal ricorrente per contestare la riduzione del numero dei permessi, e il principio di parità di trattamento dei lavoratori con disabilità, di cui il dott. [REDACTED] contesta la violazione in relazione al diniego dei permessi fino al 2020, sono declinazioni del fondamentale principio eurounitario di parità di trattamento sviluppate rispettivamente dall'art. 4 della direttiva 97/81/CE e dall'art. 2 della direttiva 2000/78/CE, è innanzi tutto necessario verificare se il rapporto convenzionato del ricorrente rientra nel campo di applicazione di tali direttive.

25. Poiché, come ha sottolineato la CGUE nella sentenza emessa il 1 marzo 2012, nella causa C-393/10, di cui si dirà ai punti successivi, *“la nozione di lavoratore nel diritto dell'Unione non è univoca, ma varia a seconda del settore di applicazione considerato”* e le due direttive delineano diversamente il proprio ambito di applicazione, è necessario affrontare il tema separatamente.

Applicabilità della direttiva 97/81/CE.

26. La clausola 2 paragrafo 1 della direttiva 97/81/CE prevede, per quanto qui interessa, che *“Il presente accordo si applica ai lavoratori a tempo parziale che hanno un contratto o un rapporto di lavoro definito per legge, contratto collettivo o in base alle prassi in vigore in ogni Stato membro”*.

27. L'ambito di applicazione delineato da tale clausola è stato chiarito dalla CGUE nella sentenza emessa il 1 marzo 2012 nella causa C-393/10, in cui ha dovuto occuparsi della sua applicabilità alla figura del *recorder* (giudice onorario inglese che opera principalmente presso i Tribunali penali e viene retribuito in base a tariffe giornaliera) a cui, pacificamente, non si applicava il



regolamento sui lavoratori a tempo parziale con cui l'ordinamento inglese aveva dato attuazione alla direttiva.

28. In detta sentenza, la CGUE ha affermato ai punti da 28 a 33 che *“Né la direttiva 97/81 né l'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale contengono una definizione dei termini di «lavoratore», «contratto di lavoro» o «rapporto di lavoro»”, in quanto “l'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale non mira ad armonizzare tutte le normative nazionali relative ai contratti di lavoro o ai rapporti di lavoro a tempo parziale, bensì è inteso unicamente, fissando principi generali e prescrizioni minime, a «stabilire un quadro generale per l'eliminazione delle discriminazioni verso i lavoratori a tempo parziale» e, dunque, “un lavoratore rientra nell'ambito di applicazione dell'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale qualora abbia un contratto o un rapporto di lavoro definito per legge, contratto collettivo o in base alle prassi in vigore in ogni Stato membro considerato”.*

29. La Corte ha successivamente chiarito che, però, *“il potere discrezionale concesso agli Stati membri dalla direttiva 97/81 per definire le nozioni utilizzate nell'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale non è illimitato” e che “taluni termini impiegati in tale accordo quadro possono essere definiti in conformità con il diritto e/o le prassi nazionali a condizione di rispettare l'effetto utile di tale direttiva e i principi generali del diritto dell'Unione”, in quanto “agli Stati membri non è consentito applicare una normativa che possa pregiudicare la realizzazione degli obiettivi perseguiti da una direttiva e, conseguentemente, privare la direttiva medesima del proprio effetto utile” e, in particolare, “uno Stato membro non può escludere, a sua discrezione, in violazione dell'effetto utile della direttiva 97/81, talune categorie di persone dal beneficio della tutela voluta da questa direttiva e dall'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale”.*

30. Più precisamente, secondo la Corte di Giustizia, il principio di necessaria tutela dell'effetto utile del principio di parità di trattamento impone di ritenere che l'esclusione da parte degli Stati membri non è *“arbitraria” e, dunque, “può essere ammessa solo quando la natura del rapporto di lavoro sia sostanzialmente diversa da quella che lega ai loro datori di lavoro i dipendenti che, secondo il diritto nazionale, rientrano nella categoria dei lavoratori”.*

31. Nell'affermare che la verifica spetta al giudice del rinvio, la sentenza ha chiarito che, nel caso di cui si occupava, *“conformemente alla ratio e alla finalità dell'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale,”* questi doveva prendere in considerazione la distinzione tra la categoria dei dipendenti e quella delle professioni autonome, tenendo conto in particolare *“delle modalità di designazione e di revoca dei giudici, ma anche di quelle di organizzazione del loro lavoro”,* ponendo in evidenza che nella vicenda sottoposta emergeva *“che i giudici lavorino secondo orari e periodi ben definiti, benché essi possano organizzare il loro lavoro in modo più flessibile rispetto a coloro che esercitano altre professioni”* e che avevano *“diritto all'indennità per malattia, agli assegni di maternità o di paternità, nonché ad altre prestazioni simili”.*

32. Si tratta, come è noto, di indicazioni vincolanti per il giudice degli Stati appartenenti all'Unione - alle sentenze della CGUE, infatti, *“siano esse pregiudiziali o emesse in sede di verifica della validità di una disposizione, va attribuito*



il valore di ulteriore fonte del diritto della Unione Europea, non nel senso che esse creino ex novo norme comunitarie, bensì in quanto ne indicano il significato ed i limiti di applicazione, con efficacia erga omnes nell'ambito dell'Unione" (così la consolidata giurisprudenza di legittimità, cfr. tra le più recenti Cass. n. 20015/2018) - e dunque l'applicabilità o meno della direttiva al caso di specie va verificata alla luce delle medesime.

33. Il risultato è inequivoco.

34. L'esistenza di un orario di lavoro costituisce indubbiamente un aspetto di rilievo primario ai fini della individuazione dei soggetti a cui si applica la direttiva 97/81: senza un orario, infatti, non esistono né tempo pieno, né tempo parziale.

35. Come è confermato dall'indicazione fornita al giudice del rinvio dalla citata sentenza pronunciata dalla CGUE nella causa C-393/10 e richiamata al punto 31, il criterio essenziale per stabilire se un soggetto rientra nel campo di applicazione della direttiva - e dunque, per quanto interessa in particolare la presente decisione, può invocare il divieto di discriminazione di cui alla clausola 4 - è dato dal fatto che abbia o meno un orario di lavoro da rispettare. Soltanto se lo ha, infatti, sussistono la possibilità concreta di una discriminazione in ragione della misura parziale dell'orario e la conseguente esigenza di tutela che costituisce la *ratio* dell'applicazione della direttiva e, in tal caso, a nulla rileva la qualificazione del rapporto come subordinato o autonomo da parte dell'ordinamento interno.

36. Facendo applicazione di tale criterio a quanto emerge dai documenti in atti in merito all'organizzazione del lavoro del ricorrente, non possono esservi seri dubbi sul fatto che egli rientra tra coloro a cui si applicano la direttiva e, in particolare, il principio di non discriminazione di cui si discute.

37. Vari aspetti, innanzi tutto, rendono evidente che il ricorrente lavora *"secondo orari e periodi ben definiti"*.

38. La lettera di trasformazione dell'incarico a tempo indeterminato, infatti, contiene l'indicazione sia del numero complessivo di ore settimanali a cui esso si riferisce (22), sia della loro esatta collocazione nella settimana (lunedì, mercoledì, giovedì, venerdì, ciascuno dalle 9,30 alle 15) e i documenti prodotti dal ricorrente sub 19, 20 e 21 attestano l'esistenza di una rilevazione puntualissima delle ore lavorate per il tramite di timbrature in entrata ed uscita, anche in occasione di pause di pochi minuti, ed una accurata elaborazione dei dati che le confronta con l'orario previsto (indicato nella colonna *"debito"*, calcolando il tempo lavorato in più (*"ore pos."*) o in meno (*"ore neg."*)).

39. Tutto ciò non è frutto di un'iniziativa della convenuta, che dà soltanto attuazione all'art. 28 dell'ACN 31 marzo 2020 che (con formulazione analoga a quella dell'art. 16 dell'ACN 23 marzo 2005 e 27 maggio 2009, dell'art. 26 dell'ACN 17 dicembre 2015) ai commi 2 e 3 stabilisce che *"Lo specialista ambulatoriale, il veterinario o il professionista deve osservare l'orario di attività indicato nella lettera di incarico e le Aziende provvedono al controllo con gli stessi metodi adottati per il personale dipendente"* e che *"Tenuto conto di eventuali determinazioni finalizzate alla flessibilità e al recupero dell'orario definite a livello regionale e/o*



aziendale, a seguito dell'inosservanza dell'orario sono effettuate trattenute mensili sulle competenze dello specialista ambulatoriale, del veterinario o professionista inadempiente, previa rilevazione contabile sulla documentazione in possesso dell'Azienda delle ore di lavoro non effettuate" e, al comma 4, aggiunge che "L'inosservanza ripetuta dell'orario costituisce infrazione contestabile, da parte dell'Azienda, secondo le procedure di cui all'articolo 39 (dedicato al "Procedimento disciplinare"), per i provvedimenti conseguenti".

40. Accanto all'obbligo così attestato di rispettare l'orario indicato nella lettera di incarico, a pena di decurtazione delle competenze e di sottoposizione a procedimento disciplinare, d'altronde, l'ACN contiene varie altre previsioni a fronte delle quali non possono esservi dubbi sul fatto che la natura del rapporto che lega il ricorrente alla ASL convenuta non è affatto "sostanzialmente diversa da quella che lega ai loro datori di lavoro i dipendenti": basti pensare al "permesso annuale retribuito irrinunciabile" che, proprio come le ferie del dipendente, va richiesto con preavviso e autorizzato dall'azienda e può essere fruito in uno o più periodi programmati e al "congedo matrimoniale retribuito non frazionabile di 15 giorni", entrambi previsti dall'art. 33 dell'ACN 31 marzo 2020, ed alle assenze retribuite per malattia, infortunio, gravidanza, puerperio e adozione previste dall'art. 34, nonché agli stessi permessi ex art. 33 comma 3 l. n. 104/1992 di cui si discute nel presente giudizio.

41. Per tutte le ragioni esposte il ricorrente, prestando la sua attività per un numero di ore settimanali inferiore al massimale orario di 38 ore previsto dall'ACN (in particolare, nell'ACN 31 marzo 2020, dall'art. 28) è certamente riconducibile al concetto di lavoratore a tempo parziale a cui si applica la direttiva 97/81/CE.

Applicabilità della direttiva 2000/78/CE.

42. Per quanto qui interessa, il primo paragrafo dell'art. 3 della direttiva, intitolato al suo "Campo di applicazione", stabilisce che essa "si applica a tutte le persone, sia del settore pubblico che del settore privato, compresi gli organismi di diritto pubblico, per quanto attiene: a) alle condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro, sia dipendente che autonomo, compresi i criteri di selezione e le condizioni di assunzione indipendentemente dal ramo di attività e a tutti i livelli della gerarchia professionale, nonché alla promozione" "c) all'occupazione e alle condizioni di lavoro, comprese le condizioni di licenziamento e la retribuzione".

43. La menzione del lavoro autonomo soltanto nella lettera a), e non anche nella lettera c), impone di approfondire la questione della sua applicabilità ai rapporti di lavoro autonomo in relazione ad aspetti diversi da quelli relativi all'instaurazione del rapporto, che certamente rientrano nella lettera a).

44. Come si è ricordato al punto 21, infatti, per l'ordinamento interno il rapporto che lega le parti del presente giudizio è un rapporto di lavoro autonomo e, di certo, la possibilità di usufruire di permessi retribuiti in questione nulla ha a che fare con l'instaurazione del rapporto, essendo piuttosto riconducibile alle "condizioni di lavoro" di cui alla lett. c).



45. La risposta risulta agevole alla luce della recentissima sentenza emessa dalla Corte di Giustizia nella causa C-356/21, intervenuta in corso di causa, in data 12 gennaio 2023.

46. Nell'occuparsi della sua applicabilità ad una vicenda di discriminazione per orientamento sessuale concernente un contratto che aveva ad oggetto l'esercizio di un'attività autonoma, la Corte ha innanzi tutto sottolineato che (a differenza della direttiva 97/81/CE esaminata ai punti precedenti) la direttiva 2000/78/CE *“non rinvia al diritto degli Stati membri per definire la nozione di «condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro, sia dipendente che autonomo»”* di cui all'art. 3 e, pertanto, le sue disposizioni *“devono di norma ricevere, in tutta l'Unione, un'interpretazione autonoma e uniforme”*.

47. La Corte ha quindi chiarito che *“dall'utilizzo combinato dei termini «occupazione» e «lavoro, sia dipendente che autonomo» discende che le condizioni di accesso a tutte le attività professionali, a prescindere dalla loro natura e dalle loro caratteristiche, rientrano nell'ambito di applicazione dell'articolo 3, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 2000/78 e, pertanto, nell'ambito di applicazione di quest'ultima”*; che la direttiva è *“destinata a coprire un ampio ventaglio di attività professionali, ivi comprese quelle svolte da lavoratori autonomi al fine di assicurare il loro sostentamento”* da cui restano escluse soltanto *“quelle consistenti in una mera fornitura di beni o di servizi a uno o a più destinatari”*; che la questione se le condizioni di accesso a una siffatta attività rientrino nell'ambito di applicazione dell'articolo 3, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 2000/78/CE non dipende dalla qualificazione di tale attività come lavoro «dipendente» o «autonomo» quanto, piuttosto, dal fatto *“che tali attività siano reali ed esercitate nell'ambito di un rapporto giuridico caratterizzato da una certa stabilità”*.

48. La Corte ha quindi ricondotto nel suo ambito di applicazione l'attività svolta dal soggetto che ad essa si era rivolto, in quanto *“attività professionale reale ed effettiva, esercitata personalmente in modo regolare a beneficio di uno stesso destinatario, che gli consente di accedere, in tutto o in parte, a mezzi di sostentamento”*.

49. Dando atto che la lett c) dell'art. 3 paragrafo 1, al contrario della lett. a), non fa espresso riferimento al lavoro autonomo, la Corte ha quindi ricordato che *“la direttiva 2000/78 non rappresenta un atto di diritto derivato dell'Unione come quelli, fondati segnatamente sull'articolo 153, paragrafo 2, TFUE, che concernono solo la tutela dei lavoratori quale parte più debole di un rapporto di lavoro, ma è volta a eliminare, per ragioni di interesse sociale e pubblico, tutti gli ostacoli fondati su motivi discriminatori all'accesso ai mezzi di sostentamento e alla capacità di contribuire alla società attraverso il lavoro, a prescindere dalla forma giuridica in virtù della quale esso è fornito”*, derivandone la conseguenza per cui *“la tutela offerta dalla direttiva 2000/78 non può dipendere dalla qualificazione formale di un rapporto di lavoro nel diritto nazionale o dalla scelta operata all'atto dell'assunzione dell'interessato tra l'uno o l'altro tipo di contratto”*, perché *“i termini di tale direttiva devono essere intesi in senso ampio”*.

50. Partendo quindi dalla considerazione che l'obiettivo perseguito dalla direttiva *“non potrebbe essere raggiunto qualora la tutela offerta da quest'ultima contro qualsiasi forma di discriminazione fondata su uno dei motivi di cui all'articolo 1*



di detta direttiva, quali, in particolare, l'orientamento sessuale, non consentisse il rispetto del principio di parità di trattamento dopo l'accesso a tale lavoro autonomo e, dunque, segnatamente, per quanto concerne le condizioni di esercizio e di cessazione di tale lavoro" la sentenza ha concluso che "La suddetta tutela si estende dunque al rapporto professionale di cui trattasi nella sua integralità" e, pertanto, "da un'interpretazione teleologica dell'articolo 3, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 2000/78 risulta che la nozione di «[condizioni di]occupazione e (...) di lavoro» ivi contenuta riguarda, in senso ampio, le condizioni applicabili a qualsiasi forma di lavoro dipendente e autonomo, a prescindere dalla forma giuridica in cui esso viene svolto".

51. Alla luce di tali considerazioni e conclusioni - del tutto condivisibili e, come si è già ricordato al punto 32, dotate di efficacia vincolante per il giudice interno - l'applicabilità della direttiva alla vicenda che forma oggetto della presente decisione è certa.

52. Le caratteristiche del rapporto che lega il ricorrente alla ASL convenuta già prese in esame ai punti 37 e ss., infatti, non consentono dubbi sul fatto che egli offre alla convenuta prestazioni professionali personali in cambio di un corrispettivo destinato al sostentamento e in un contesto di completa regolarità, dovuto all'esistenza di un incarico a tempo indeterminato per un numero prestabilito di ore settimanali ed alla predeterminazione della loro collocazione nel tempo, e che, dunque, la sua attività costituisce proprio quella "attività professionale reale ed effettiva, esercitata personalmente in modo regolare a beneficio di uno stesso destinatario, che gli consente di accedere, in tutto o in parte, a mezzi di sostentamento" che, secondo la CGUE, lo colloca nell'area di applicabilità della direttiva 2000/78/CE indipendentemente dal fatto che l'ordinamento italiano, come interpretato dalla consolidata giurisprudenza interna, lo consideri come lavoratore autonomo.

La domanda avente ad oggetto il diritto a fruire di tre permessi mensili ai sensi dell'art. 33 l. n. 104/1992 o, in subordine, di due.

53. Come si è anticipato, ad aprile 2020 la convenuta ha iniziato a concedere al ricorrente i permessi di cui alla l. n. 104/1992 e, a fronte del suo incarico ad orario ridotto di 22 ore settimanali, glieli ha riconosciuti nella misura di 13,12 ore mensili ma, da settembre 2021, il numero dei permessi è stato ridotto ad uno giornaliero.

54. Il ricorrente sostiene che il comportamento della convenuta viola il principio di non discriminazione dei lavoratori a tempo parziale sancito dalla clausola 4 dell'accordo quadro recepito dalla direttiva 97/81/CE e, invocando la giurisprudenza interna che, in applicazione di tale principio ai lavoratori subordinati, ritiene che un tempo parziale superiore al 50% dà diritto all'integrale fruizione dei tre permessi di cui alla l. n. 104/1992, in via principale, chiede accertarsi il suo diritto a tre giorni di permesso.

55. Il ricorrente contesta anche la correttezza del proporzionamento indicato dal parere SISAC, basato su un mero algoritmo matematico senza approfondire la collocazione oraria del part time, e, in via subordinata, chiede il ripristino dei due giorni inizialmente concessi.



56. La convenuta, come si è già visto, giustifica l'attribuzione di un numero di permessi inferiore a tre con il fatto che l'art. 34 comma 7 dell'ACN 31 marzo 2020 prevede espressamente la riduzione del numero dei permessi *"in proporzione al numero delle ore di incarico settimanale"* e riserva i tre giorni soltanto a coloro che raggiungono il massimale orario, sottolineando che, come già esposto ai punti 20 e ss. della presente sentenza, l'ACN è l'unica fonte del diritto ai permessi del ricorrente e dei suoi colleghi, senza la quale a costoro non ne spetterebbe alcuno. Quanto alla riduzione di settembre 2021, la ASL chiarisce di aver dato seguito al parere applicativo n. 424/2020 del 25 maggio 2020 emesso da SISAC ai sensi dell'art. 46 d.lvo n. 165/2001 (richiamato dall'art. 4 comma 9 l. 142/1991 citato al punto 6) il quale, applicando la proporzione $38:3=x:2$, ha ritenuto che, con un incarico fino a 25 ore settimanali, spetta un solo giorno di permesso, con incarichi tra 25 e 38 ore settimanali, ne spettano due e, soltanto con incarichi a tempo pieno pari a 38 ore settimanali, ne spettano tre.

57. La valutazione della legittimità del proporzionamento dei permessi attuato, a partire da settembre 2021, nei confronti del ricorrente ai sensi dell'art. 34 dell'ACN 31 marzo 2020 così come interpretato dalla SISAC, richiede il suo preliminare inquadramento nell'ambito della normativa italiana ed eurounitaria.

58. La clausola 4 dell'accordo recepito dalla direttiva 97/81/CE, la cui applicabilità è già stata chiarita ai punti 26 e ss., afferma nei primi tre paragrafi che *"1. Per quanto attiene alle condizioni di impiego, i lavoratori a tempo parziale non devono essere trattati in modo meno favorevole rispetto ai lavoratori a tempo pieno comparabili per il solo motivo di lavorare a tempo parziale, a meno che un trattamento differente sia giustificato da ragioni obiettive. 2. Dove opportuno, si applica il principio «pro rata temporis». 3. Le modalità di applicazione della presente clausola sono definite dagli Stati membri e/o dalle parti sociali, tenuto conto della legislazione europea e delle leggi, dei contratti collettivi e delle prassi nazionali"*.

59. Le indicazioni che interessano la presente decisione sono due.

60. Contemplando espressamente la possibilità di applicare il principio *"pro rata temporis"*, innanzi tutto, la clausola 4 chiarisce che il riproporzionamento di un trattamento in base alla modulazione dell'orario a tempo parziale non costituisce necessariamente una discriminazione, dovendosi verificare in relazione ai singoli istituti.

61. Affidando ai singoli Stati, anche per il tramite delle parti sociali, la valutazione di opportunità dell'applicazione del principio *"pro rata temporis"*, così come tutte le altre modalità della sua applicazione, in secondo luogo, la clausola 4 rimette ad essi la scelta del se e quando riparametrare i vari istituti in relazione all'orario di lavoro, ovviamente nel rispetto del principio di parità di trattamento sancito al comma 1.

62. Nella materia che qui interessa il legislatore italiano non ha specificamente esercitato tale compito: nel 1992, infatti, ha indicato tre giorni di permesso mensile senza inserire riferimenti all'orario di lavoro - il che conduce a ritenere che la regola sia stata dettata con riferimento alla forma ordinaria del rapporto



di lavoro, cioè quello a tempo pieno - né ha preso in considerazione la possibilità di riparametrare il numero di permessi in base ad esso dopo il recepimento della direttiva, così rimettendo la valutazione della sua legittimità all'applicazione, nel caso concreto, della normativa sul tempo parziale.

63. Nell'estendere all'ambito dei professionisti convenzionati con il SSN le previsioni dell'art. 33 comma 3 della legge n. 104/1992, invece, l'ACN ha esercitato la suddetta competenza, affermando il principio di proporzionalità del numero dei giorni di permesso rispetto all'orario settimanale di attività.

64. Il controllo sull'operato della convenuta che il ricorrente ha richiesto al giudice, dunque, si sostanzia nella verifica se la scelta compiuta dalle parti sociali nell'esercitare tale specifica competenza loro attribuita dalla clausola 4 in relazione alla materia dei permessi per i lavoratori portatori di disabilità realizzi o meno una effettiva disparità di trattamento e, in tal caso, se essa sia giustificata da ragioni oggettive.

65. Una tale valutazione non può che partire dalla *ratio* dei permessi in questione, così come messa a fuoco dalla costante giurisprudenza in relazione ai lavoratori subordinati: benché faccia riferimento a previsioni normative non direttamente applicabili al caso di specie, infatti, essa contiene riflessioni di fondo che costituiscono un prezioso punto di riferimento anche per la presente decisione.

66. La Suprema Corte è inequivoca nell'affermare che i permessi di cui all'art. 33 comma 3 l. n. 104/1992 sono strumenti di tutela della salute psico-fisica del disabile - diritto fondamentale dell'individuo appartenente alla categoria dei diritti inviolabili che l'art. 2 della Costituzione riconosce e garantisce all'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità - e di garanzia al medesimo dell'assistenza e dell'integrazione sociale necessaria a ridurre l'impatto negativo di una grave disabilità.

67. Tale giurisprudenza sottolinea, in particolare, che l'utilizzo dei permessi da parte dello stesso lavoratore portatore di handicap grave è *"finalizzato a agevolare l'integrazione nella famiglia e nella società, integrazione che può essere compromessa da ritmi lavorativi che non considerino le condizioni svantaggiate sopportate"*, che *"l'allontanamento dal posto di lavoro più a lungo rispetto ai lavoratori (nonché ai portatori di handicap non grave) permette di rendere più compatibile l'attività lavorativa con la situazione di salute del soggetto"* e che *"ristabilire l'equilibrio fisico e psicologico necessario per godere di un pieno inserimento nella vita familiare e sociale"* (Cass. n. 20243/2020).

68. La giurisprudenza di legittimità che si è specificamente pronunciata sul riproporzionamento al tempo parziale del numero dei permessi di cui alla l. n. 104/1992 nell'ambito del rapporto di lavoro subordinato ha valorizzato tale *ratio*, affermando che *"La considerazione della finalità dell'istituto e la pregnanza degli interessi di rilievo costituzionale, attinenti ai diritti fondamentali dell'individuo, che esso è destinato a garantire, impone all'interprete, in assenza di specifica disciplina, di ricercare tra le possibili opzioni offerte dal dato normativo quella maggiormente aderente al rilievo degli interessi in gioco ed alle sottese esigenze di effettività di tutela, in coerenza con le indicazioni comunitarie"*.



69. La Suprema Corte ha anche contestualmente evidenziato, però, la necessità *“di evitare che le particolari modalità di articolazione della prestazione lavorativa nel caso di part time verticale si traducano, quanto alla fruizione dei permessi in oggetto, in un irragionevole sacrificio per la parte datoriale”* e, dunque, *“di una valutazione comparativa delle esigenze dei datori di lavoro e dei lavoratori, anche alla luce del principio di flessibilità concorrente con quello di non discriminazione, e della esigenza di promozione, su base volontaria, del lavoro a tempo parziale, dichiarato nell'Accordo quadro, alla base della Direttiva”*, concludendo che *“Il criterio che può ragionevolmente desumersi da tale indicazioni è quello di una distribuzione in misura paritaria degli oneri e dei sacrifici connessi all'adozione del rapporto di lavoro part time e, nello specifico, del rapporto part time verticale”* (così Cass. n. 22925/2017, richiamata da Cass. n. 4069/2018).

70. Tale esigenza di valutazione comparativa degli interessi di lavoratore e datore di lavoro deriva dal fatto che i permessi in questione, a ben vedere, sono un esempio *ante litteram* delle *“soluzioni ragionevoli”* previste dall'art. 5 della direttiva 2000/78/CE e di *“accomodamento ragionevole”* ai sensi dell'art. 2 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità (adottata il 13 dicembre 2006 e ratificata dall'Italia con la legge b. 81/2009 e dall'Unione Europea il 23 dicembre 2010), adottato direttamente dalla legge con l'obiettivo di contribuire a compensare la maggiore penosità della situazione lavorativa ed extralavorativa in cui la disabilità colloca il suo portatore rispetto agli altri lavoratori.

71. Dando attuazione al considerando 20, il quale stabilisce che *“È opportuno prevedere misure appropriate, ossia misure efficaci e pratiche destinate a sistemare il luogo di lavoro in funzione dell'handicap, ad esempio sistemando i locali o adattando le attrezzature, i ritmi di lavoro, la ripartizione dei compiti o fornendo mezzi di formazione o di inquadramento”*, l'art. 5 della direttiva 2000/78/CE stabilisce che *“Per garantire il rispetto del principio della parità di trattamento dei disabili, sono previste soluzioni ragionevoli. Ciò significa che il datore di lavoro prende i provvedimenti appropriati, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, per consentire ai disabili di accedere ad un lavoro, di svolgerlo o di avere una promozione o perché possano ricevere una formazione, a meno che tali provvedimenti richiedano da parte del datore di lavoro un onere finanziario sproporzionato. Tale soluzione non è sproporzionata allorché l'onere è compensato in modo sufficiente da misure esistenti nel quadro della politica dello Stato membro a favore dei disabili”*.

72. L'art. 2 della Convenzione ONU stabilisce che *“per “accomodamento ragionevole” si intendono le modifiche e gli adattamenti necessari ed appropriati che non impongano un onere sproporzionato o eccessivo adottati, ove ve ne sia necessità in casi particolari, per garantire alle persone con disabilità il godimento e l'esercizio, su base di uguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali”*.

73. I permessi di cui alla legge n. 104/1992 assolvono appieno a tali funzioni: la riduzione del numero dei giorni di lavoro, infatti, alleggerisce il ritmo lavorativo, tendenzialmente più faticoso per il lavoratore disabile, e l'aumento delle occasioni di riposo favorisce il recupero delle energie lavorative, oltre ad



agevolare la compensazione degli effetti negativi della disabilità nella vita sociale.

74. Sebbene il pagamento della retribuzione sia riversato sull'INPS, al beneficio per il lavoratore corrisponde comunque un sacrificio per il suo datore di lavoro, che deve adattare la sua organizzazione del lavoro per assorbire le assenze senza danni alla produzione o all'erogazione del servizio a cui essa è rivolta.

75. Per i lavoratori dipendenti, il necessario bilanciamento tra le esigenze del disabile che i permessi soddisfano e i costi che ne derivano in capo al datore di lavoro è stato effettuato dallo stesso legislatore il quale, per un lavoratore subordinato a tempo pieno portatore di handicap con connotazione di gravità (o che assiste una persona con tale disabilità), ha ritenuto adeguata la possibilità di fruire di tre giorni di riposo al mese supplementari rispetto ai riposi "ordinari" mensili di cui il lavoratore già dispone per legge.

76. Il beneficio che ne deriva per un dipendente a tempo pieno è evidente ove si analizzi l'effetto della loro concessione sul rapporto tra giorni di lavoro e giorni di riposo che ne deriva.

77. Mentre il lavoratore "sano" che lavora a tempo pieno cinque giorni a settimana gode di 8,66 riposi mensili (essendo i permessi riconosciuti per un mese e i riposi ordinari su base settimanale, l'operazione richiede di calcolare questi ultimi utilizzando il divisore standard 4,33), pari a quasi il 29% (più precisamente il 28,57) delle giornate mensili, e dunque lavora per 21,65 giorni, il lavoratore con disabilità ha complessivamente a disposizione 11,66 riposi, pari al 38% (38,46); i permessi, in questo contesto, coprono quasi il 14% (13,86) delle giornate lavorative e circa il 10% (9,89) delle 30,31 complessive giornate mensili e l'86% (86,14) del compenso erogato dal lavoratore è corrispettivo di prestazioni lavorative.

78. Tutte le considerazioni svolte a partire dal punto 65 sono applicabili anche nel caso di specie: l'organizzazione del lavoro dei professionisti convenzionati prevista dall'ACN già richiamata ai punti 37 ss, infatti, non consente dubbi sul fatto che anche costoro, se portatori di disabilità, necessitano di riposi supplementari e che i permessi di cui si discute assolvono appieno alla loro funzione anche nei loro confronti.

79. L'unica concreta differenza, a ben vedere, deriva dal fatto che il supporto dell'INPS è previsto soltanto per il lavoro dipendente e dunque il costo della retribuzione erogata in occasione dei permessi rimane a carico della ASL.

80. Compiendo un bilanciamento degli interessi analogo a quello legislativo (in cui hanno certamente tenuto conto anche dell'aspetto evidenziato al punto precedente), i sottoscrittori dell'ACN hanno ritenuto di fare propria la valutazione legislativa di adeguatezza di tre giorni per chi lavora a tempo pieno e, come si è visto, hanno espressamente previsto il riproporzionamento per il lavoro a tempo parziale di cui si discute.

81. Il controllo sulla configurabilità o meno in esso di una effettiva disparità di trattamento che tenga conto di quanto esposto dal punto 65 in poi conduce a conclusioni diverse a seconda che si tratti di tempo parziale orizzontale o verticale.



82. A parità di riduzione dell'orario settimanale, infatti, il part time orizzontale e quello verticale hanno effetti diversi sul rapporto tra vita lavorativa ed extralavorativa a cui corrisponde un diverso impatto del riproporzionamento del numero di giorni di permesso sulla loro idoneità a soddisfare le esigenze per cui sono stati previsti e sul bilanciamento operato dal legislatore al riguardo.

83. Il part time orizzontale diminuisce solo la durata della giornata lavorativa, ma non incide sul rapporto tra il numero dei giorni di lavoro e di riposo nel mese analizzato al punto 77: il lavoratore dedica al lavoro un numero di ore settimanali inferiore ai colleghi a tempo pieno, consuma pertanto meno energie ed ha un maggior tempo a disposizione per riposare, ma ha lo stesso numero di giornate impegnate dal lavoro e di riposi di un lavoratore a tempo pieno e quindi, sotto questo profilo, si trova nella stessa situazione di quest'ultimo.

84. Per quanto interessa la presente decisione, tale analogia della situazione di base comporta che, se si tratta di una persona con disabilità, anche la necessità di riposi giornalieri aggiuntivi ed il costo per il datore di lavoro sono gli stessi del collega a tempo pieno.

85. La concessione di tre giorni di permesso ad un lavoratore a tempo parziale orizzontale determina una situazione identica a quella pensata dal legislatore (e fatta propria dall'ACN) per il tempo pieno di cui al punto 77: gli 11,66 riposi complessivi coprono il 38% delle giornate del mese; i permessi corrispondono al 14% delle giornate lavorative e il compenso erogato dal datore corrisponde a prestazioni lavorative nella misura dell'86 %.

86. Questo non significa affatto che il tempo parziale sia trattato in modo identico al tempo pieno (e si rischi così una cd. discriminazione a rovescio): la riduzione della giornata lavorativa, infatti, si ripercuote sulla durata del permesso giornaliero, parametrato alla giornata lavorativa da cui si viene esonerati, il che comporta comunque una riduzione del numero complessivo di ore mensili di permesso rispetto al tempo pieno ed anche la conseguente riduzione dell'esborso richiesto per la relativa retribuzione.

87. Riproporzionare il numero dei giorni di permesso anche di un solo giorno significa alterare *in peius* tale situazione e, dunque, trattare il lavoratore a tempo parziale in modo meno favorevole del lavoratore a tempo pieno a parità di esigenze: concedere soltanto due permessi anziché tre, infatti, comporta il riconoscimento di un numero complessivo di giornate mensili di riposo di 10,66, pari al 35% (35,17) delle giornate del mese, i permessi corrispondono soltanto al 9% (9,24) dei giorni lavorativi e la retribuzione erogata corrisponde a prestazioni lavorative per il 91% (90,76).

88. La situazione è ben diversa per il part time, come quello del ricorrente, che si caratterizza per la concentrazione dell'attività lavorativa in alcuni giorni soltanto della settimana.

89. In questo caso, infatti, l'articolazione dell'orario offre già al lavoratore giornate di riposo ulteriori rispetto a quelle a disposizione dei lavoratori a tempo pieno o con part time orizzontale, incidendo così a vantaggio del lavoratore sul rapporto tra il numero dei giorni di lavoro e di riposo nel mese.



90. Nel caso del ricorrente, che lavora quattro giorni su cinque alla settimana, ad esempio, ciò significa che egli usufruisce di tre giorni di riposi settimanali "ordinari" rispetto ai due di cui godono i suoi colleghi a tempo pieno (o a tempo parziale orizzontale) e dunque, utilizzando il divisore standard del mese in 4,33 settimane, ha a disposizione 4,33 giorni di riposo in più per un totale di 12,99 riposi "ordinari" mensili, pari al 43% (42,86) delle giornate complessive del mese, anziché 8,66 (29%).

91. Tali ulteriori giornate di "non lavoro" sono giornate di riposo a tutti gli effetti e, come tali, sono idonee ad assolvere appieno anche alla speciale funzione che il riposo svolge per la persona con disabilità, quale evocata ai punti 65 e ss., non diversamente dai giorni di permesso ex art. 33. Esse, dunque, influenzano la situazione concreta delle esigenze del singolo lavoratore a cui l'"accomodamento ragionevole" rappresentato dai riposi "supplementari" ex legge n. 104 va adeguato.

92. È dunque corretto e doveroso tener conto di tali giornate nel valutare lo stato di soddisfazione di tali esigenze e dare atto che il lavoratore con disabilità che ha un part time verticale di 4 giorni su 5, se gli vengono concessi tre permessi mensili, ha a disposizione un numero complessivo di 15,99 giornate di non lavoro, pari al 53% (52,75) delle giornate mensili, maggiore di 4,33 giorni rispetto a quello spettante al collega con disabilità a tempo pieno o parziale orizzontale che usufruisca degli stessi permessi.

93. Tenendo conto di tale situazione differenziata in cui si trova il lavoratore a tempo parziale verticale come il ricorrente, dunque, il riproporzionamento del numero dei giorni di permesso non produce affatto lo stesso effetto sfavorevole che si è visto al punto 87 per il tempo parziale orizzontale.

94. In questo caso, infatti, esso riduce il margine di vantaggio di 4,33 giorni nel rapporto tra giorni di lavoro e giorni di riposo evidenziato al punto 92, ma lo conserva comunque e, pertanto, non intacca la sostanza dell'accomodamento ragionevole che il legislatore (per i dipendenti) e l'ACN (per i professionisti convenzionati) hanno avuto in mente quando hanno ritenuto adeguato il numero di tre giorni di permesso per le esigenze delle persone con disabilità a tempo pieno: riducendo i permessi da tre a due giorni, ad esempio, il lavoratore a tempo parziale verticale con disabilità ha comunque a disposizione complessivamente 14,99 giornate di riposo pari al 49% (49,45) delle giornate mensili, a fronte delle 11,66 del collega disabile a tempo pieno o a tempo parziale orizzontale (pari al 38%).

95. In questi casi, d'altronde, la riparametrazione del numero dei permessi è giustificata anche sotto il profilo del bilanciamento di interessi con il datore di lavoro: l'incidenza negativa dei permessi sull'organizzazione del lavoro, infatti, è indubbiamente maggiore se il lavoratore offre la sua prestazione in un numero già ridotto di giornate e, nell'ambito dei rapporti di convenzione che qui interessano, è anche rilevante sotto il profilo economico, visto che il costo della retribuzione dei permessi è a carico delle ASL.

96. La situazione è ancora più evidente ove si prenda in considerazione l'ipotesi estrema di un professionista convenzionato che lavori un solo giorno a



settimana, le cui giornate lavorative mensili sono dunque 4,33 al mese a fronte di 25,98 riposi ordinari.

97. La concessione di tre permessi ex l. n. 104/1992, in questo caso, porterebbe i riposi complessivi mensili a 28,98, pari al 96% (95,61) delle giornate del mese, e le giornate lavorative a 1,33; i permessi coprirebbero il 69% (69,28) delle giornate lavorative del disabile e solo il 31% (30,71) del compenso corrisposto a quest'ultimo sarebbe corrispettivo di prestazioni di lavoro: in pratica, la ASL riceverebbe una controprestazione pari a poco più di un quarto del compenso erogato.

98. A fronte di una distribuzione settimanale del lavoro come questa, anche un solo giorno di permesso risulta adeguato rispetto alla situazione voluta dall'ACN per il tempo pieno: il rapporto tra riposi complessivi e giorni del mese, infatti, è comunque ben maggiore (89% a fronte di 38%) e così anche il rapporto tra giorni di permesso e giorni lavorati nel mese (23% a fronte di 14%) e il compenso versato dal datore di lavoro corrisponde a prestazioni lavorative per il 77% (76,90).

99. Le considerazioni sinora svolte potrebbero indurre a concludere che, in situazioni come questa, non vi sia necessità di alcun permesso, in quanto il lavoratore part time con disabilità ha comunque a disposizione un numero di riposi ben maggiore del collega a tempo pieno e ciò soddisfa già di per sé la sua necessità di maggiore possibilità di recupero delle energie.

100. La conclusione sarebbe tuttavia profondamente errata.

101. In questo ambito, infatti, il principio di parità di trattamento tra lavoratore a tempo parziale e a tempo pieno di cui alla direttiva 97/81/CE di cui si è finora cercato di fare applicazione incrocia anche il fondamentale principio di parità di trattamento del lavoratore disabile rispetto al lavoratore "sano" di cui alla direttiva 2000/78/CE. Ogni valutazione in tema di permessi ex l. n. 104/1992 e lavoro a tempo parziale, dunque, richiede il confronto della situazione del lavoratore disabile a tempo parziale non soltanto con il collega disabile a tempo pieno, ma anche con quello sano con lo stesso part time e la verifica che gli sia comunque garantito un maggior riposo rispetto a quest'ultimo.

102. Ebbene, il raffronto tra il professionista "sano" e quello con disabilità che lavorano con lo stesso tempo parziale verticale non consente dubbi sul fatto che, per tutte le ragioni esposte ai punti 66 e ss., sebbene in misura minore del suo collega disabile a tempo pieno o a tempo parziale orizzontale, quest'ultimo ha comunque necessità di un riposo complessivo mensile maggiore rispetto al professionista "sano".

103. Le considerazioni di cui ai punti 88 e ss, pertanto, giustificano una concessione pro quota dei permessi di cui si discute, ma non possono di certo giustificare la loro negazione.

104. L'applicazione al caso di specie di quanto sinora esposto conduce a ritenere infondata la domanda principale del ricorrente ed invece fondata la domanda subordinata.

105. L'orario di lavoro distribuito su 4 giorni settimanali, infatti, determina una differenza oggettiva con il collega disabile a tempo pieno che, come esposto ai



punti 89 e ss., incide sulle esigenze del ricorrente che i permessi sono destinati a soddisfare.

106. Il rifiuto di concedergli tre giorni di permesso in applicazione della previsione dell'art. 34 comma 7, secondo cui tre permessi spettano solo a chi raggiunge il massimale orario, dunque, non risulta idoneo a determinare una violazione della parità di trattamento di cui alla clausola 4 direttiva 97/81/CE nei suoi confronti.

107. Non appare idoneo a condurre a diversa conclusione il fatto che, in entrambe le decisioni di legittimità richiamate al punto 69, la Corte abbia ritenuto *"ragionevole distinguere l'ipotesi in cui la prestazione di lavoro part time sia articolata sulla base di un orario settimanale che comporti una prestazione per un numero di giornate superiore al 50% di quello ordinario, da quello in cui comporti una prestazione per un numero di giornate di lavoro inferiori, o addirittura limitata solo ad alcuni periodi nell'anno e riconoscere, solo nel primo caso, stante la gravidanza degli interessi coinvolti e l'esigenza di effettività di tutela del disabile, il diritto alla integrale fruizione dei permessi in oggetto"* cioè un criterio che, nel caso di specie, condurrebbe a riconoscere al ricorrente tre permessi.

108. L'applicazione al caso concreto delle condivisibili premesse da cui la Corte è partita, infatti, deve tenere conto della specifica situazione normativa in cui si colloca tale decisione: dette sentenze, infatti, riguardano lavoratori dipendenti a cui si applicavano direttamente la l. n. 104/1992 e l'art. 4 comma 2 del d.lvo n. 61/2000, cioè la norma interna che, *ratione temporis*, recepiva le indicazioni della direttiva 97/81/CE.

109. Quest'ultima previsione, in particolare, si occupava specificamente del riproporzionamento di vari istituti in ragione della ridotta entità della prestazione di lavoro - distinguendo tra quelli, riconducibili ad un ambito di diritti a connotazione non strettamente patrimoniale, di cui escludeva ogni compressione o riduzione per effetto della minore entità della durata della prestazione lavorativa (lett. a) e quelli, con connotazione patrimoniale e stretta corrispettività con la durata della prestazione lavorativa, per i quali ammetteva invece una proporzionale riduzione del trattamento del lavoratore (lett. b) - e non prendeva in considerazione i permessi di cui alla l. n. 104/1992.

110. La Suprema Corte si è trovata dunque davanti ad un vuoto normativo che ha dovuto colmare compiendo di fatto essa stessa la valutazione di opportunità prevista dalla clausola 4 e cioè la scelta della linea di confine oltre la quale ritenere legittima la concessione di un numero di permessi inferiore a tre.

111. Nel nostro caso, la situazione normativa è ben diversa: il rapporto che lega le parti non è di lavoro subordinato - e dunque non si applicano né il d.lvo 61/2000, né il d.lvo 81/2015 che ha preso il suo posto - e, come si è già evidenziato, trova la sua unica disciplina negli ACN, i quali hanno previsto specificamente il riproporzionamento del numero dei giorni di permesso e la riserva di tre giorni al solo tempo pieno.

112. Tale scelta costituisce esercizio della competenza attribuita dalla clausola 4 e può essere messa in discussione unicamente in relazione al principio di parità



di trattamento: ove, come nel caso di specie, non risulti lesiva di quest'ultimo, non può essere ulteriormente sindacata.

113. Come si è visto al punto 79, peraltro, vi è un profilo in cui la situazione concreta del dipendente si differenzia in modo rilevante da quella del professionista, concorrendo ad escludere la possibilità di trasporre *tout court* al caso di specie la soluzione adottata dalla Cassazione in relazione al primo: per il dipendente, infatti, il costo economico dei permessi è a carico dell'INPS, mentre per i professionisti esso viene sostenuto dalla ASL.

114. Le stesse considerazioni che conducono a ritenere legittima la mancata concessione di tre giorni di permesso, con conseguente rigetto della domanda principale, portano invece a giudicare fondata la domanda subordinata.

115. Essa si fonda, come si è visto, sulla contestazione della legittimità della concessione di un solo giorno di permesso attuata dalla ASL [REDACTED] a partire da settembre 2021 in ossequio al parere applicativo n. 424/2020 emesso da SISAC il 25 maggio 2020 che, per gli incarichi sino a 25 ore settimanali, prevede appunto la concessione di un solo permesso.

116. Il nodo si trova a monte del parere SISAC e riguarda l'art. 34 comma 7 laddove, prevedendo che i permessi sono *"ridotti in proporzione al numero delle ore di incarico settimanale"*, aggancia il proporzionamento al numero di ore di incarico.

117. Si è già visto ai punti 81 e ss, infatti, che ciò che differenzia la situazione del lavoratore a tempo parziale in modo significativo rispetto alla funzione dei permessi ex l. n. 104/1992 e consente di escludere che la loro riduzione sia un trattamento meno favorevole è solo la riduzione dell'orario che comporta la diminuzione del numero di giorni di lavoro (e il conseguente aumento dei giorni di riposo ordinario) e non la mera riduzione della giornata lavorativa.

118. L'unico modo di attuare il proporzionamento in modo rispettoso della clausola 4, dunque, è quello di parametrare la quantità dei permessi al numero di giorni di lavoro, mentre la scelta di guardare al numero delle ore non garantisce che il proporzionamento rispetti la parità di trattamento.

119. La regola individuata dall'art. 34, invece, valorizza qualsiasi riduzione dell'orario, anche quella che deriva appunto dalla compressione della giornata lavorativa, il che consente di applicare il proporzionamento anche al tempo parziale orizzontale e, nel tempo parziale misto, dà rilievo nel calcolo anche alla quota di riduzione dell'orario (quella relativa alla diminuzione della giornata lavorativa) che non incide in senso favorevole sul rapporto tra lavoro e riposo.

120. Non è questo il contesto in cui valutare quale sia il modo migliore per compiere il proporzionamento alla quantità dei permessi al numero di giorni di lavoro, indubbiamente resa meno accurata dal fatto di dover gestire solo permessi giornalieri e non anche ore di permesso.

121. Ai fini della presente decisione relativa al ricorrente, ciò che conta è che, nel suo caso, la parametrizzazione del numero di permessi in proporzione al numero dei suoi giorni lavorativi non consente dubbi sul fatto che gliene spettano due e non uno soltanto.



122. La delimitazione dell'ambito in cui spetta un permesso da quello in cui ne spettano due, infatti, non può che coincidere con la suddivisione a metà delle quattro possibili articolazioni del tempo parziale verticale rispetto a cinque giorni lavorativi (uno, due, tre, quattro giorni alla settimana), con conseguente attribuzione di un permesso a chi lavora uno o due giorni e di due permessi a chi ne lavora tre o quattro.

123. Riconoscerne uno solo a chi, come il ricorrente, lavora quattro giorni su cinque, d'altronde, significherebbe ridurre la modulazione - già resa approssimativa dal fatto di riguardare solo permessi giornalieri - alla sola alternativa tra un permesso e tre, sopprimendo ogni possibilità di concretizzare l'ipotesi intermedia di due.

124. Per tali ragioni, deve dunque concludersi che il ricorrente ha diritto a due giorni di permesso ex art. 33 comma 3 l. n. 104/1992 al mese, così come sostenuto a fondamento della sua domanda subordinata, e che la concessione di un solo permesso successivamente al parere SISAC, ha integrato una discriminazione in ragione del suo orario a tempo parziale vietata dalla direttiva 97/81/CEr.

La domanda avente ad oggetto il diritto ad usufruire dei permessi già dal 2010.

125. Come si è accennato, gli ACN hanno previsto l'applicazione delle norme di cui al comma 3, dell'art. 33, della legge n.104/92 ai professionisti convenzionati sin dal 2005, ma la ASL convenuta, nel 2010, ha negato al ricorrente i permessi in relazione alla sua condizione di handicap con connotazione di gravità sostenendo che fino al 2020 detti benefici erano riservati ai cd. *caregiver*.

126. Il ricorrente si è rivolto al Tribunale sostenendo che tale condotta è lesiva dei principi ispiratori della legge n. 104/1992 e del principio di non discriminazione sancito dalla direttiva 2000/78/CE, configurando sia una discriminazione diretta rispetto ai *caregiver* sia una discriminazione indiretta rispetto ai colleghi privi di disabilità.

127. Alla prima udienza il ricorrente ha altresì fatto valere, in via preliminare, l'interpretazione delle clausole collettive di cui ai punti 16 e ss adottata dalla Corte d'Appello di Roma nella sentenza n. 4482/2020, secondo cui esse attribuiscono il diritto ai permessi anche ai portatori di handicap in proprio.

128. In ordine logico, la prima questione da affrontare è dunque quella interpretativa.

Interpretazione delle previsioni collettive.

129. Nella sentenza citata, la Corte d'Appello di Roma propone una lettura delle previsioni collettive in questione che valorizza l'individuazione della platea dei beneficiari mediante la sola menzione della categoria degli "*specialisti ambulatoriali*", "*veterinari*" e "*professionisti*", senza distinguere se portatori di handicap o gravati dell'assistenza di un portatore di handicap, ed il riferimento all'applicazione delle "*norme di cui al comma 3 dell'art. 33*", e non direttamente dell'art. 33 comma 3, che consentirebbe alla previsione di esprimere tutta la sua espansione precettiva, comprensiva anche dei soggetti a cui esso si applica grazie al rinvio contenuto nel comma 6 dell'art. 33. Giustificando il mancato



esplicito riferimento al comma 6 da parte degli ACN con l'intento di non riconoscere ai portatori di handicap anche gli ulteriori benefici ivi riservati ad essi dalla legge e sostenendo che l'assenza di un ragionevole motivo per trattare diversamente le due categorie rende l'interpretazione restrittiva contraria al criterio dell'interpretazione secondo buona fede di cui all'art. 1369 c.c., la Corte d'Appello di Roma ritiene quindi che le previsioni collettive in questione attribuiscono anche ai soggetti personalmente portatori di handicap il diritto ai permessi di cui all'art. 33 l. n. 104/1992.

130. La tesi interpretativa in questione non risulta condivisibile.

131. Interpellate ai sensi dell'art. 425 c.p.c. in merito alla ragione per cui, nelle previsioni citate ai punti 16 e ss., manca un richiamo al comma 6 dell'art. 33 l. n. 104/1992 o comunque agli professionisti convenzionati portatori di handicap (con l'invito a chiarire se ciò esprimesse o meno l'intenzione di escludere questi ultimi dal beneficio e per quale motivo) ed esso è stato invece introdotto nell'art. 34 comma 7 dell'ACN 31 marzo 2020 (con l'invito a chiarire se, con tale novità, volessero offrire un'interpretazione delle previsioni precedenti o invece innovare rispetto ad esse, le associazioni sindacali FESPA, UILFPL e SUMAI assoprof (che rappresentano i professionisti convenzionati) e SISAC (la Struttura Interregionale Sanitari Convenzionati che rappresenta le aziende sanitarie), infatti, hanno fornito risposte che non consentono di aderirvi.

132. FESPA, nel chiarire di essere nata nel dicembre 2016, ha affermato di aver *“partecipato alla condivisione, nonché alla sottoscrizione di alcune importanti e fondamentali novelle contrattuali tutt'ora vigenti, tra le quali degna di nota è certamente quella dell'estensione del diritto di fruizione dei permessi di cui al comma 3 dell'articolo 33 della Legge n. 104/92 anche agli specialisti ambulatoriali, ai veterinari e ai professionisti portatori di handicap, i quali tra l'altro hanno diritto di scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina alla propria residenza nell'ambito dell'Azienda e non possono essere trasferiti in altra sede senza il loro consenso”, precisando che “per tutto ciò che riguarda il pregresso, nonché le questioni di merito inerenti altre ed ulteriori interpretazioni della norma richiamata ed oggetto del provvedimento de quo, non è dato sapere questa sigla sindacale”.*

133. UILFPL ha spiegato di non essere *“in grado, attualmente, di ricordare i ragionamenti presupposti alla stesura o al consenso al testo degli ACN 2005, 2009, 2015, per effetto del tempo trascorso e dell'avvicendamento dei responsabili della nostra organizzazione sindacale”, ma di poter “escludere che ci fosse il consenso da parte dell'organizzazione sindacale a ritenere legittima l'esclusione dei portatori di handicap in proprio della fruizione dei benefici”, spiegando che “la dinamica delle relazioni sindacali, di per sé, comporta che possono esserci questioni su cui datori e lavoratori divergono, anche in relazione alla legittimità. In tal caso, il difetto di puntuale regolazione esplicita proprio e precisamente tale divergenza piuttosto che una determinazione comune alla regolazione della materia”. Ha infine precisato che, per lo stesso motivo, “ove si era raggiunto in un particolare periodo di tempo il consenso su aspetti regolatori, la trascrizione testuale consacra l'intervenuto accordo tra le parti”, ma “ciò non necessariamente implica una interpretazione autentica per il passato; in un senso o un altro. Ciò è ben possibile che SISAC possa ritenere il diritto*



sorto dal 2020, mentre la nostra organizzazione sindacale ritiene che il diritto fosse già certo in capo ai titolari”.

134. SUMAI assoprof ha affermato di avere indirizzato negli anni la propria iniziativa sindacale al fine di ottenere, anche nell'ambito contrattuale di cui si discute, parte delle prestazioni previste per i soli dipendenti dalla legge n. 104/92 e che *“tuttavia solo in sede di rinnovo dell'accordo collettivo nazionale del 233.2005, atteso che tali innovazioni contrattuali comportano necessariamente la destinazione della parte economica afferente (nel nostro caso non mediante attribuzione di risorse economiche all'INPS), si è ottenuto un primo risultato con il richiamo, inserito al comma 5 dell'articolo 37, della applicazione dei benefici previsti al comma tre dell'articolo 33 della legge 104/92, ovvero solo per la parte relativa all'assistenza di un familiare in condizione di handicap grave ...”* e che *“infine nell'ambito del rinnovo del vigente acn del 31/03/2020 e s.m.i. si è convenuto, sempre a seguito di specifica valutazione di spesa virgola di poter “innovare” la norma anche a favore dei lavoratori portatori di handicap grave, comprendendo per loro anche il diritto di scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina alla propria residenza nell'ambito dell'azienda, nonché il diritto a non essere trasferiti in altra sede senza il loro consenso”*.

135. SISAC, infine, ha affermato che *“non vi è alcun dubbio che fino all'intervento di integrazione dell'ACN 31 marzo 2020 trovasse applicazione al settore l'art. 33, della legge 104/1992, ma limitatamente al comma 3”* e che non vi è spazio per una estensione in via interpretativa *“essendo il testo negoziale estremamente puntuale”*, segnalando di aver reso vari pareri in tal senso ai sensi dell'art. 46 comma 1 d.lvo 165/2001 (nel 2008 e nel 2009, in merito all'ACN 23 marzo 2005, nel 2012 sull'ACN 8 luglio 2010, nel 2017 sull'ACN 17 dicembre 2015) e attribuendosi l'iniziativa della *“estensione avvenuta nel 2020, ovviamente accolta dalla controparte negoziale in sede di trattativa, proprio per garantire un minimo di uniformità di tutela ...anche agli specialisti ambulatoriali convenzionati operanti in regime di parasubordinazione”*. A conferma del carattere innovativo della previsione del 2020, SISAC ha altresì evidenziato che, nella relazione tecnica di accompagnamento ai sensi dei commi 3, 4 e 5 dell'art. 47 e comma 3 dell'art. 48 del D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, nell'ambito delle procedure di ratifica dell'Accordo da parte del Comitato di Settore, del Governo, della Corte di Conti e della Conferenza Stato-Regioni, è stato precisato che *“allo stesso comma è aggiunto un capoverso finale con cui si specifica meramente quanto previsto dall'articolo 33, comma 6 della L. 5 febbraio 1992, n. 104, vale a dire l'applicabilità dei permessi già riconosciuti dal primo capoverso del comma in esame anche agli specialisti, veterinari e professionisti portatori di handicap”*.

136. Alla luce di quanto emerso, risulta del tutto evidente che al testo dell'art. 37 comma 5 dell'ACN 2005 (poi riprodotto nel 2009 e nel 2015 senza sostanziali modifiche per quel che qui interessa) di certo non corrisponde una concorde volontà di attribuire i permessi di cui al comma 3 dell'art. 33 anche ai portatori di handicap.

137. Quanto esposto da SISAC e SUMAI assoprof, in realtà, non consente seri dubbi sul fatto che le parti che hanno sottoscritto gli accordi del 2005, 2009 e



2015 concordassero sul contrario e ciò di delimitare i permessi ai soli *caregiver* e ciò per ragioni di spesa pubblica.

138. Non è certo idoneo a condurre a diversa conclusione quanto affermato da UILFPL che, nel chiarire di non ricordare i ragionamenti sottesi alle previsioni in questione ed escludere di aver ritenuto legittima la mancata attribuzione dei permessi ai portatori di handicap, conferma ciò che conta ai fini dell'interpretazione degli articoli in questione e cioè che, di sicuro, non vi era un accordo sull'attribuzione dei permessi anche a costoro di cui il testo letterale possa dirsi una, pur imperfetta, espressione.

139. L'unica interpretazione possibile, dunque, è quella adottata dalla ASL convenuta, secondo cui gli ACN 2005, 2009 e 2015 attribuivano i permessi di cui all'art. 33 soltanto ai cd. *caregiver*, il che rende necessario affrontare l'ulteriore e distinta questione della legittimità di una tale previsione contrattuale.

La configurabilità di una discriminazione vietata dalla direttiva 2000/78/CE.

140. Il ricorrente ravvisa nel comportamento della ASL convenuta la violazione del principio di parità di trattamento sancito dall'art. 2 della direttiva quale assenza di discriminazioni sia dirette sia indirette, e dall'art. 5 della medesima, laddove impone al datore di lavoro di adottare le cd. soluzioni ragionevoli per i disabili.

141. La censura è fondata.

142. L'art. 2 della direttiva 2000/78 fornisce la "Nozione di discriminazione" stabilendo che "1. Ai fini della presente direttiva, per «principio della parità di trattamento» si intende l'assenza di qualsiasi discriminazione diretta o indiretta basata su uno dei motivi di cui all'articolo 1. 2. Ai fini del paragrafo 1: a) sussiste discriminazione diretta quando, sulla base di uno qualsiasi dei motivi di cui all'articolo 1, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga; b) sussiste discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere in una posizione di particolare svantaggio le persone che professano una determinata religione o ideologia di altra natura, le persone portatrici di un particolare handicap, le persone di una particolare età o di una particolare tendenza sessuale, rispetto ad altre persone, a meno che: i) tale disposizione, tale criterio o tale prassi siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari; o che ii) nel caso di persone portatrici di un particolare handicap, il datore di lavoro o qualsiasi persona o organizzazione a cui si applica la presente direttiva sia obbligato dalla legislazione nazionale ad adottare misure adeguate, conformemente ai principi di cui all'articolo 5, per ovviare agli svantaggi provocati da tale disposizione, tale criterio o tale prassi".

143. L'art. 2 della Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità, dopo aver precisato che "per "discriminazione fondata sulla disabilità" si intende qualsivoglia distinzione, esclusione o restrizione sulla base della disabilità che abbia lo scopo o l'effetto di pregiudicare o annullare il riconoscimento, il godimento e l'esercizio, su base di uguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale, culturale, civile o in qualsiasi altro campo", mette



in evidenza che “*Essa include ogni forma di discriminazione, compreso il rifiuto di un accomodamento ragionevole*”.

144. Per le ragioni già evidenziate ai punti 66 e ss., l’istituto dei permessi di cui si discute nasce dalla considerazione che la persona con disabilità affronta una fatica maggiore nella sua vita lavorativa ed extra lavorativa e, dunque, necessita di maggior tempo di riposo dal lavoro rispetto alle persone prive di disabilità che le consenta, al contempo, di contenere il complessivo dispendio di energie durante il lavoro e di recuperare durante il riposo le maggiori energie spese.

145. Dalla medesima premessa deriva anche l’ovvia considerazione che l’applicazione delle stesse regole sui riposi al lavoratore sano e ad uno portatore di disabilità integra una forma di discriminazione indiretta: a causa del suo handicap, infatti, l’applicazione di tali regole, apparentemente neutra perché volta a trattare tutti alla stessa maniera, colloca di fatto il disabile in una posizione deteriore rispetto al primo.

146. Come si è visto ai punti 70 e ss., d’altronde, i permessi sono di fatto un accomodamento ragionevole che incide sui ritmi di lavoro - come tale pienamente riconducibile all’art. 5 della direttiva 2000/78/CE ed all’art. 2 della Convenzione ONU del 13 dicembre 2006 - adottato dal legislatore italiano, per i dipendenti, ben prima che tali norme internazionali venissero emanate e recepito dall’ACN, per i professionisti convenzionati, a partire dal 2005.

147. Il rifiuto di concedere un tale accomodamento ragionevole al lavoratore portatore di disabilità, dunque, integra una discriminazione anche sotto tale profilo.

148. Ove si consideri che i *caregiver* sono portatori di esigenze analoghe, a cui la legge n. 104/1992 (da sempre, per i dipendenti) e gli ACN (dal 2020, per i professionisti convenzionati) offrono la stessa tutela rappresentata dai permessi di cui si discute, la discriminazione emerge anche rispetto a costoro.

149. Alla luce di tutto quanto esposto, non possono esservi dubbi sul fatto che la mancata concessione dei permessi al ricorrente nel periodo anteriore all’ACN 31 marzo 2020 ha integrato una discriminazione vietata dalla direttiva 2000/78/CE e che, in attuazione del principio di parità di trattamento di cui all’art. 2 della stessa, i permessi gli spettassero sin dal gennaio 2010.

150. Per tutte le ragioni esposte ai punti 104 e ss, in particolare, la ASL convenuta avrebbe dovuto concedere al ricorrente sin dal gennaio 2010 due permessi giornalieri al mese.


151. La configurabilità di un diritto al risarcimento del danno derivato dalla negazione dei permessi e la sua liquidazione.

152. Il ricorrente chiede la condanna della convenuta al risarcimento del danno patito per effetto dei comportamenti denunciati a carico di quest’ultima ovvero la mancata concessione dei permessi da gennaio 2010 a marzo 2020 e la concessione di un solo giorno dal 14 settembre 2021.

153. Il ricorrente, in particolare, chiede il risarcimento del danno esistenziale derivato dalla mancata fruizione del riposo supplementare che essi gli avrebbero garantito, identificandolo nell’impossibilità di attenuare la stanchezza cronica, lo sfinimento fisico e psichico provocato dalla sua patologia



(fibrosi polmonare) e nell'aggravamento delle sue difficoltà di coltivare la vita di relazione e sociale, e del connesso danno morale, integrato dalla frustrazione e dallo sconforto di vedersi negare i permessi.

154. A fondamento della domanda risarcitoria, il dott.  produce documentazione medica idonea a dimostrare la natura e la gravità della sua patologia e chiede prova testimoniale sull'importanza del riposo per chi ne è colpito e sulla sofferenza derivatagli dalla consapevolezza della malattia e dalla mancata concessione dei permessi.

155. Il ricorrente quantifica il risarcimento richiesto in base al valore economico dei permessi negatigli nell'ultimo decennio prima del deposito del ricorso giudiziale che, per l'eventualità che gliene spettassero due, indica in € 24.518,89.

156. La ASL convenuta, oltre alla prescrizione delle somme rivendicate per il periodo fino all'1 marzo 2012, eccepisce la mancanza di prova del danno, sostenendo la necessità per il ricorrente di provare che avrebbe goduto dei permessi attraverso la prova di essere stato costretto a fruire di ferie o malattia, e che comunque il ricorrente non ha offerto prova del nesso causale tra il peggioramento della sua patologia e la mancata fruizione dei permessi e l'asserito danno morale e alla vita di relazione, né dell'esistenza di questi ultimi.

157. La convenuta contesta infine il criterio di quantificazione del risarcimento proposto dal ricorrente, che comporterebbe, di fatto, il doppio pagamento delle prestazioni rese dal medesimo nei giorni in cui avrebbe avuto diritto ai permessi.

158. La domanda del ricorrente è fondata.

159. L'accertamento della discriminazione subita dal ricorrente a causa della mancata concessione dei permessi in questione nel periodo da gennaio 2010 a marzo 2020 e, poi, della concessione di un solo giorno dal 14 settembre 2021 espone indubbiamente la ASL convenuta al risarcimento del danno non patrimoniale così cagionato al ricorrente.

160. Ai sensi dell'art. 28 d.vo n. 150/2011, infatti, l'accertamento della discriminazione autorizza di per sé il risarcimento del danno non patrimoniale ed analogamente avviene in caso di accertamento della violazione dei diritti fondamentali, quale è il diritto alla salute psicofisica del disabile a tutela del quale, come si è visto al punto 66, i permessi sono previsti.

161. Tutto quanto esposto ai punti 67 e ss. consente anche di individuare un prezioso punto di riferimento per l'accertamento e la liquidazione di tale danno nella consolidata giurisprudenza sul risarcimento del danno da usura psicofisica dovuta alla perdita definitiva del riposo settimanale.

162. Il riposo settimanale, infatti, è destinato al ristoro delle energie psico fisiche impegnate nel lavoro ed al godimento delle stesse in attività extralavorative a scelta del lavoratore che consentano al medesimo di esplicitare la sua persona in ambito individuale e sociale e, come si è visto, la fondamentale funzione dei permessi di cui si discute per la persona portatrice di handicap grave è costituita dall'offerta di riposi aggiuntivi rispetto a quelli ordinari, destinati a *"rendere più compatibile l'attività lavorativa con la situazione di salute del soggetto"*, maggiormente bisognoso di riposo a causa della sua disabilità, e a *"ristabilire*



l'equilibrio fisico e psicologico necessario per godere di un pieno inserimento nella vita familiare e sociale" compromesso dall'handicap.

163. Secondo tale giurisprudenza, *"la mancata fruizione del riposo settimanale è fonte di danno non patrimoniale che deve essere presunto perché l'interesse del lavoratore leso dall'inadempimento datoriale ha una diretta copertura costituzionale nell'art. 36 Cost., sicché la lesione dell'interesse espone direttamente il datore al risarcimento del danno"* (così, ad esempio, Cass. n. 18884/2019); in particolare, la mancata concessione del riposo settimanale provoca un danno che *"è oggetto, quanto all'an, di presunzione assoluta"*, mentre *"l'entità del danno, non determinabile in astratto, deve essere stabilita (eventualmente in via equitativa) dal giudice del merito secondo una motivata valutazione, che tenga conto della gravosità delle varie prestazioni lavorative"* (così, ad esempio, Cass. n. 3298/2002); se poi *"il lavoratore sostiene di aver ricevuto un ulteriore danno alla salute o danno biologico, che si concretizza, invece, in una "infermità" determinata dall'attività lavorativa usurante svolta in conseguenza di una continua attività lavorativa non seguita dai riposi settimanali, il quadro cambia ancora sotto il profilo dell'onere della prova, perché questo danno ulteriore non può essere ritenuto presuntivamente sussistente ma deve essere dimostrato sia nella sua sussistenza e sia nel suo nesso eziologico"* (così, ad esempio, Cass n. 16665/2015).

164. Orbene, a parere di chi scrive, il fatto che i permessi ex l. n. 104/1992 condividano con il riposo settimanale la natura e la funzione di momenti di "non lavoro" destinati al recupero delle energie psico fisiche e che il diritto ad essi trovi il proprio fondamento nel principio eurounitario di parità di trattamento - nella sua declinazione di divieto della discriminazione indiretta che deriva dall'applicare al lavoratore con disabilità le regole messe a punto per il lavoratore "sano" - non consente dubbi sul fatto che si possa e si debba estendere anche al risarcimento del danno derivante dalla loro mancata concessione il ragionamento sviluppato dalla giurisprudenza in merito all'*an* e al *quantum* del risarcimento del danno derivante dalla soppressione del riposo settimanale.

165. Non appare idoneo a condurre a diversa conclusione il fatto posto in evidenza dalla convenuta che la fruizione dei permessi avviene a richiesta e, dunque, non è scontato che il ricorrente avrebbe fruito integralmente dei permessi rivendicati nel periodo in cui gli sono stati negati o concessi in misura insufficiente.

166. È vero, infatti, che il lavoratore che ne è titolare potrebbe non utilizzare sempre tutti i permessi e ciò è concretamente accaduto al ricorrente nei mesi di giugno e agosto 2020, in cui ha usufruito di un solo permesso.

167. Ciò è conseguenza dell'essenza di *"accomodamento ragionevole"* già evidenziata, ai punti 70 e ss, nell'illustrare la *ratio* dei permessi e, al punto 91, nel ragionare in merito alla diversa loro incidenza sul tempo parziale verticale rispetto al tempo pieno o tempo parziale orizzontale: affinché essi possano aderire al meglio alle concrete e specifiche esigenze del singolo lavoratore, infatti, è necessario che *an* e *quando* del godimento di questi riposi supplementari siano rimessi alla sua scelta.



168. È altrettanto vero, però, che normalmente i permessi vengono goduti, come dimostra il restante complessivo comportamento del ricorrente, il che giustifica il ricorso ad una corrispondente presunzione suscettibile di essere vinta soltanto da una concreta prova contraria, quale potrebbe aversi in situazioni di assenza ad altro titolo in cui il lavoratore non avrebbe proprio potuto usufruire dei permessi, che nel caso di specie manca.

169. Sebbene accompagnandolo con riferimenti al danno esistenziale e morale, il ricorrente ha fatto valere proprio e soltanto il danno da usura psico-fisica elaborato dalla predetta giurisprudenza: a fondamento della domanda, infatti, ha posto l'affermazione di cui al punto 1.3.1. del ricorso che *"La stanchezza cronica, lo sfinimento fisico e psichico che affligge i soggetti con patologie analoghe a quelle del ricorrente, avrebbe potuto essere attenuato nella sua intensità, se il ricorrente avesse potuto godere del riposo aggiuntivo spettante"* ed ha poi chiesto la liquidazione del risarcimento in base al 100% del valore economico del permesso perduto, tradizionalmente usato per liquidare il risarcimento per perdita definitiva del riposo settimanale.

170. La domanda può dunque accolta senza necessità di procedere all'accertamento di un danno esistenziale e morale in senso stretto, la cui esistenza è stata accennata dal ricorrente senza svilupparla in una specifica domanda risarcitoria aggiuntiva.

171. La considerazione della speciale funzione del riposo corrispondente ai permessi di cui si discute e del necessario carattere dissuasivo delle sanzioni che, secondo le ricorrenti indicazioni della CGUE, devono essere apprestate dagli Stati membri per la violazione delle direttive induce a ritenere del tutto giustificata, in particolare, la scelta del ricorrente di parametrare il danno al 100% del valore economico dei permessi.

172. Il conteggio in atti non è stato in alcun modo contestato da parte convenuta sotto il profilo della sua esattezza contabile e, pertanto, corretto nell'importo richiesto per il 2012 (calcolato per intero anziché sui 10 mesi non prescritti) e per il 2020 (calcolato sui primi 3 mesi, ma in base ad un solo giorno di permesso anziché ai due rivendicati e riconosciuti con la presente decisione) può essere utilizzato per determinare il risarcimento complessivamente spettante al ricorrente in € 24.380,40 (per mero errore materiale, indicato in dispositivo nel minor importo di € 24.243) a cui debbono aggiungersi gli accessori di legge ai sensi degli artt. 16, comma 6 della legge 312/1991 e 22, comma 36 della legge 724/1994.

173. La decisione sulle spese di lite segue la soccombenza di parte convenuta.

P.Q.M.

Visto l'art. 429 c.p.c., definitivamente pronunciando,

- accerta e dichiara il diritto del ricorrente [REDACTED] a fruire, a partire dal gennaio 2010, di 2 giorni di permesso retribuito ai sensi dell'art. 33 commi 3 l. 104/1992;



- condanna parte convenuta A.S.L. [REDACTED] in persona del suo legale rappresentante al risarcimento del danno in favore del ricorrente che, fino al deposito del ricorso, liquida in € 24.243 oltre interessi legali e l'eventuale ulteriore somma spettante a titolo di differenza tra questi ultimi e l'eventuale maggior importo della rivalutazione monetaria dalla maturazione al saldo;
- condanna parte convenuta a rimborsare a parte ricorrente le spese di causa liquidate in € 8.000, oltre rimborso forfettario al 15%, Iva, Cpa e contributo unificato di € 259;
- fissa il termine di 60 giorni per il deposito della sentenza.

Torino, 27 marzo 2023

LA GIUDICE
dott.ssa Daniela PALIAGA





**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE DI APPELLO DI MILANO
Sezione Lavoro**

composta dai Magistrati:

Dott.ssa Monica Vitali
Dott. Roberto Vignati
Dott.ssa Francesca Beoni

Presidente
Consigliere rel.
Giudice Ausiliario

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

nella causa civile in grado di appello iscritta al n. 510 del Ruolo Generale Lavoro dell'anno 2022 - avverso l'ordinanza ex 702 ter c.p.c. emessa in data 7 aprile 2022 del Tribunale di Milano Sezione Lavoro, Giudice Dott. Tullio Perillo - posta in decisione il 14 marzo 2023

promossa da

, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Nyranne Moshi, Ivan Assael e Daniela Palmieri presso il cui studio in Milano è domiciliata;

Appellante

contro

Fondazione in persona del Presidente e Legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Cristina Soma, Simone Izar e Massimo Izar, presso il cui studio in Milano è domiciliata.

Appellata

OGGETTO: Licenziamento per superamento del periodo di comporta - Discriminazione.

Conclusioni per l'appellante

"In riforma della pronuncia del Tribunale di Milano resa nel procedimento 328/2022, comunicata in data 07/04/2022 Voglia la Corte di Appello di Milano, rigettata ogni contraria istanza, previa eventuale rimessione alla Corte costituzionale della questione di legittimità dell'art. 26 D.L. 18/2020, convertito in L. 27/2020 e/o rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE ex art. 267 TFUE In via principale 1. Accertare e dichiarare la discriminatorietà della condotta tenuta dalla Fondazione quanto al computo del periodo di comporta e nell'assegnazione delle mansioni; 2. Previo accertamento delle violazioni di legge e di contratto esposte in ricorso, accertare e dichiarare la nullità e/o illegittimità e comunque inefficacia del licenziamento intimato alla ricorrente; Ai fini della rimozione degli effetti 3. Condannare la convenuta a reintegrare la ricorrente nel posto di lavoro ai sensi dell'art. 63, 2° comma, d.lgs 165/01; 4. Condannare la convenuta al pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata

all'ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione al tallone mensile di € 1.715,97 lordi (19007,72/12*13/12) oltre ai contributi previdenziali e assistenziali; 5. Accertare e dichiarare la discriminatorietà della condotta tenuta dalla Fondazione che consiste: a. nel discriminare la ricorrente quanto al computo del periodo di comporto applicando incondizionatamente l'art. 42 del CCNL di categoria; b. nel discriminare la ricorrente nell'organizzazione del lavoro senza l'adozione dei ragionevoli accomodamenti; In ogni caso 6. Condannare la convenuta ad operare il ricalcolo del periodo di comporto escludendo la malattia certificata a far data dal 17/03/2020 o comunque per paziente a rischio Covid-19 e/o disabile; 7. Condannare la convenuta ad ogni adeguamento organizzativo necessario al fine di assicurare la configurabilità delle modalità di svolgimento della prestazione con la qualifica di lavoratrice in condizioni di rischio ex D.L. 17/3/2020.”

Conclusioni per la Fondazione appellata:

“Nel merito: - in via principale, respingere l'appello proposto dalla signora _____ avverso l'ordinanza del Tribunale di Milano, Giudice del lavoro, Dott. Tullio Perillo, resa inter partes il 7.4.2022 nel procedimento n. 328/2022 e tutte le domande della stessa, assolvendo in ogni caso l'appellata Fondazione _____ da ogni domanda proposta dall'appellante. per le ragioni esposte in narrativa; - in via subordinata: per la denegata ipotesi di accoglimento delle domande avversarie e della domanda di cui al punto 4 delle conclusioni dell'appello (già punto 4 delle conclusioni del ricorso in primo grado): determinare e liquidare la misura dell'indennità risarcitoria richiesta dall'appellante, tenendo conto dell'aliunde perceptum dalla stessa dopo la cessazione del rapporto di lavoro con la Fondazione _____ nella misura che sarà provata in corso di causa o, eventualmente, anche secondo equità; In via istruttoria: - non ammettere i mezzi di prova richiesti dall'appellante; - ammettere i mezzi indicati da parte appellata; In ogni caso: - condannare l'appellante alla rifusione, in favore della Fondazione appellata, di spese e compensi professionali del doppio grado di giudizio.”

Fatto e motivi della decisione

Nell'ambito di un procedimento intrapreso ai sensi dell'art. 28 del D.Lgs. n. 150/2011, con l'ordinanza conclusiva ex art. 702 ter c.p.c. in data 7 aprile 2022, il Giudice del Lavoro del Tribunale di Milano ha respinto, compensando integralmente le spese del grado, il ricorso proposto da _____ contro la Fondazione _____ -che la occupava dal febbraio 2005 nella posizione di ausiliario specializzato, provenendo a quell'epoca la lavoratrice dagli Istituti Clinici di Perfezionamento, confluiti appunto nel 2005 nella Fondazione _____ per effetto di trasferimento (aziendale) disposto dalla Regione Lombardia- al fine di ottenere l'accertamento della condotta discriminatoria tenuta dalla resistente in relazione al superamento del periodo di comporto quale evento posto alla base del licenziamento comunicato dall'Ente di appartenenza con atto del 2 luglio 2021, particolarmente in vista dell'invalidità del recesso con applicazione della tutela ripristinatoria e risarcitoria, avuto particolare riguardo alla natura discriminatoria diretta e indiretta delle condotte datoriali siccome attuate dalla Fondazione _____ in spregio delle condizioni di salute della lavoratrice e allo stesso tempo non corredate da ragionevoli misure preventivo/precauzionali, particolarmente alla luce del disposto del 2° comma dell'art. 26 del DL n. 18/2020 convertito nella Legge n. 27/2020 quale norma inserita tra le disposizioni preordinate al contrasto della patologia Sars Covid 19 e dei suoi effetti sociali in ambito lavorativo.

Posto che la ricorrente aveva dato conto in domanda della sussistenza di progressive patologie invalidanti, a suo avviso note alla datrice di lavoro, se non altro per via del suddetto fenomeno di acquisizione della dipendente dai ranghi degli Istituti Clinici di Perfezionamento a quello della Fondazione, in giudizio la parte ha lamentato di aver prestato servizio, dall'inizio dell'emergenza sanitaria nel marzo 2020 e fino a marzo 2021, senza che fosse stata apprestata nei suoi confronti alcuna misura di tutela tra cui l'adibizione allo smart working e compresi gli accertamenti devoluti al sanitario competente, tenuto conto che la ricorrente versava nello stato che era proprio dei 'lavoratori fragili' per come contemplati e definiti dall'art. 26 cit. in relazione alle particolarità del loro stato di salute.

In tale senso, il primo Giudice ha disatteso la tesi fatta valere dalla ricorrente non essendo nella specie rinvenibile alcuno dei presupposti previsti dall'art. 26 cit. per arrivare a definire coloro che rivestivano la posizione di lavoratori fragili destinatari delle forme di tutela apprestate ai fini lavorativi specie al fine della conservazione del posto di lavoro a fronte dell'incidenza degli stati di malattia sul decorso del periodo di comporta contrattualmente previsto.

Premesso il contenuto dell'art. 26 del Dl n. 18/2020 per cui *"Fino al 30 giugno 2021, laddove la prestazione lavorativa non possa essere resa in modalità agile ai sensi del comma 2-bis, per i lavoratori dipendenti pubblici e privati in possesso di certificazione rilasciata dai competenti organi medico-legali, attestante una condizione di rischio derivante da immunodepressione o da esiti da patologie oncologiche o dallo svolgimento di relative terapie salvavita, ivi inclusi i lavoratori in possesso del riconoscimento di disabilità con connotazione di gravità ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, il periodo di assenza dal servizio è equiparato al ricovero ospedaliero ed è prescritto dalle competenti autorità sanitarie, nonché' dal medico di assistenza primaria che ha in carico il paziente, sulla base documentata del riconoscimento di disabilità o delle certificazioni dei competenti organi medico-legali di cui sopra, i cui riferimenti sono riportati, per le verifiche di competenza, nel medesimo certificato. A decorrere dal 17 marzo 2020, i periodi di assenza dal servizio di cui al presente comma non sono computabili ai fini del periodo di comporta; per i lavoratori in possesso del predetto riconoscimento di disabilità, non rilevano ai fini dell'erogazione delle somme corrisposte dall'INPS, a titolo di indennità di accompagnamento. Nessuna responsabilità, neppure contabile, salvo il fatto doloso, è imputabile al medico di assistenza primaria nell'ipotesi in cui il riconoscimento dello stato invalidante dipenda da fatto illecito di terzi. È fatto divieto di monetizzare le ferie non fruite a causa di assenze dal servizio di cui al presente comma."*, il Tribunale ha ritenuto che la donna non versasse in comprovate condizioni di immunodepressione, che non fosse portatrice di attuali esiti di patologie oncologiche né sottoposta a terapie salvavita e neppure che fosse affetta da uno stato di handicap con connotazione di gravità rilevante ai sensi dell'art. 3, comma 3, della Legge n. 104/1992 secondo quanto sancito dall'art. 26 cit..

Nel riconoscere a carico della la pregressa asportazione della tiroide con conseguente sua sottoposizione a continuative terapie farmacologiche specie di tipo integrativo nonché il trattamento di una forma tumorale accompagnata nel 2004 da una terapia salvavita (collegata in maniera riflessa all'asportazione della tiroide), così come la maturazione di uno stato invalidante assestatosi nel tempo sino a consolidarsi nella misura del 46%, il primo Giudice ha rilevato che la ricorrente non avesse d'altro canto documentato di aver contratto una forma di epatite C quale affezione invero smentita dal tenore della relativa certificazione clinica (laddove la era stata semplicemente definita una "falsa positiva").

Più in generale, è stata considerata rilevante l'insufficienza della certificazione di paziente a rischio per come redatta dal medico di base dell'interessata, a fronte del fatto che, non solo quella, ma tutte le altre condizioni specificamente contemplate dalla norma ex art. 26 in esame dovevano essere supportate anche e in maniera specifica tramite *le certificazioni rilasciate dai competenti organi medico-legali i cui riferimenti sono riportati, per le verifiche di competenza, nel medesimo certificato* secondo quanto espressamente previsto.

Da questo ordine di considerazioni, ne è seguito l'accertamento della carenza delle condizioni legali valorizzate ai fini della domanda, con la conseguenza che le assenze rilevanti in ordine al periodo di comporta ai sensi dell'art. 42 del CCNL Comparto Sanità, non potevano essere neutralizzate sulla base di quanto sancito dal secondo comma dell'art. 26 DL n. 18/2020.

Rifacendosi pure agli orientamenti giurisprudenziali sul punto, il Tribunale ha poi disatteso il tema della violazione dei criteri di buona fede che avrebbero dovuto orientare la Fondazione a fornire le informazioni preventive sull'imminenza della fine del periodo di comporta.

In ultima analisi, il Giudice ha escluso il concretarsi dei fenomeni discriminatori diretto e/o indiretti dedotti dalla ricorrente richiamandola fattispecie ex art. 2, lett. b) del D. Lgs. n. 216/2003, poiché tali causali non erano riscontrabili in fatto e diritto non ricorrendo i loro estremi tipizzanti.

La soccombente ha impugnato la pronuncia chiedendone la riforma mediante l'accoglimento delle originarie domande come da conclusioni sopra riprodotte.

Col primo motivo di gravame, l'appellante ripropone la propria interpretazione dell'art. 26, comma 2, del D.L. n. 18/2020, quale norma che delinea quattro distinte categorie, alternative (ma possibilmente concorrenti) tra loro, di 'lavoratori fragili' dato che in essa si fa riferimento : (i) agli immunodepressi; (ii) ai pazienti investiti da patologie oncologiche; (iii) ai pazienti sottoposti a terapie salvavita; (iv) ai portatori di disabilità grave nel senso dianzi puntualizzato.

Secondo l'odierna ricorrente, diversamente da quanto restrittivamente opinato dal primo Giudice nel pervenire alla soluzione censurata, la previsione legale richiedeva l'adozione di criteri interpretativi ampi e non formalistici, complessivamente atti a definire nella sua massima completezza la categoria di soggetti vulnerabili bisognosi della protezione legale fissata per volontà del legislatore in costanza dell'emergenza nazionale pandemica.

Per il legislatore, infatti, l'approccio alle categorie protette non era di tipo strettamente medico e in tal senso, quanto agli stati di disabilità, si trattava di potervi ricondurre tutte le sue forme gravi senza arrestarsi alla disposizione dettata dalla L. 104/1992 identificativa di una sola fattispecie di handicap/disabilità nominativamente indicata; per altro verso, occorre prescindere dal manifestarsi concreto dei fattori di rischio legati al virus SARS Covid 19 e quindi dall'effettiva insorgenza di complicazioni (di tipo respiratorio o polmonare) per rifarsi piuttosto alla pericolosità indotta dal fragile stato di salute della lavoratrice.

Il Tribunale ha comunque omesso di valutare le conseguenze del tumore alla tiroide che era stata asportata obbligando la ricorrente ad assumere farmaci e integratori necessari per sopperire alla mancanza della ghiandola (doc. 28) con finalità salvavita e ha trascurato l'insorgenza del virus dell'epatite C (doc. n. 17) per come certificato dallo stesso Policlinico.

Nel caso di specie, era poi pacifica la sussistenza di entrambi i requisiti della certificazione rilasciata dai competenti organi medico-legali e della prescrizione del medico di assistenza primaria. Per l'effetto, le assenze da malattia dovevano ritenersi giustificate e non influivano sul periodo di computo: in particolare dovevano essere neutralizzati tutti i periodi di malattia decorrenti dal 17/03/2020 così come coperti dalla certificazione del medico di base.

In definitiva, oltre a quanto appena rilevato, la ricorrente andava ricondotta nel novero dei pazienti oncologici per via di quanto in pregresso certificato; la donna si era inoltre sottoposta a terapie salvavita assumendo tuttora farmaci e integratori per via dell'asportazione della tiroide e, non ultimo, versava in un conclamato stato di disabilità.

A quest'ultimo proposito, col secondo motivo, l'esponente reitera la propria tesi del riconoscimento della disabilità con connotazione di gravità, poiché riconosciuta invalida civile ai sensi della Legge n. 118/1971 in misura pari al 46% (doc. 5).

La tesi del Giudice per come sostanziata dal letterale e formalistico ancoraggio allo stato di disabilità ex art. 3 L. 104/1991 si poneva pertanto, secondo l'appellante, nella prospettiva di mortificare il senso e la portata degli artt. 3, 10 e 32 Cost. (l'art. 10 Cost. in riferimento alla Legge n. 18/2009, che ha autorizzato la ratifica della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità e del relativo protocollo opzionale sottoscritta dall'Italia il 30 marzo 2007; v. Corte di Giustizia C-335/11, C-337/11; C-395/15; Cass. Sez. Lav. n. 23338 del 27/09/2018).

Per questo, ad avviso della ricorrente, particolarmente in rapporto al tipo di interpretazione fornito dal Tribunale, si renderebbe necessario il rinvio della norma ex art. 26 DL 18/2020 al vaglio della Corte di Giustizia per la pronuncia pregiudiziale della sua compatibilità con la normativa comunitaria.

Il terzo ordine di censure muove dalla violazione e dalla falsa applicazione del D.L. n. 18/2020: in caso di dubbi, e in esecuzione degli obblighi di correttezza e buona fede incidenti sulla fase esecutiva del rapporto di lavoro così come intrattenuto dalla lavoratrice disabile e notoriamente gravata da concorrenti affezioni, la datrice di lavoro avrebbe dovuto prestarsi per richiedere un'integrazione documentale o maggiori informazioni sullo stato di salute della

Con un quarto motivo di appello, quest'ultima sostiene nuovamente la portata che avrebbe dovuto avere nella specie la sorveglianza sanitaria esercitata dalla Fondazione sulla dipendente di cui, vicine ribadito, non si potevano trascurare i singolari tratti del suo stato di salute siccome operatrice proveniente dalla struttura Istituti Clinici di Perfezionamento che, nel 2005, per disposizione regionale, era transitata presso l'odierna appellata insieme all'altro personale della 'cedente'.

Oltre agli oneri e agli obblighi di verifica e approfondimento impartiti a carico del datore di lavoro al cospetto della disabilità e degli altri profili di compromissione dello stato di salute della dipendente, la parte riafferma l'integrazione di una fattispecie discriminatoria ai sensi del D. Lgs. n. 216/2003 per via dei mancati accertamenti sulle condizioni di lavoro della ricorrente attuate senza concederle lo svolgimento delle mansioni in regime di completa sicurezza.

Particolarmente, per tali ragioni, la Fondazione era incorsa nella violazione dei criteri di buona fede ex artt. 1175 e 1375 c.c. quando poi il CCNL Comparto Sanità richiama pure l'applicazione del D.P.R. n. 171/2011 che impone al datore di lavoro di procedere all'accertamento dell'idoneità psicofisica del dipendente per il caso di superamento del periodo di comporta, l'ulteriore omissione perpetrata dalla controparte datoriale.

A tal riguardo, si sostiene che la comunicazione di recesso del 2 luglio 2021 faceva indebitamente riferimento ai giorni di assenza verificatisi nel periodo 21/3/2021 - 2/7/2021 che, invece, non potevano essere valutati, trattandosi di assenze maturate in costanza della certificazione del medico di base sul rischio Covid a carico della dipendente, richiedendosi perciò la decurtazione/neutralizzazione dal comporta dei 104 giorni trascorsi in quel preciso ambito temporale e per la suddetta ragione.

Secondo l'appellante, occorrerà pertanto accertare la discriminazione e rimuoverne gli effetti ai sensi del D. Lgs. n. 286/1998 e del D. Lgs. n. 150/2011, nonché ordinare la sua reintegrazione nel posto di lavoro ai sensi dell'art. 63, 2° comma, del D. Lgs. n. 165/2001 con la condanna al risarcimento del danno subito per la sua illegittima estromissione dal servizio ordinando altresì la cessazione della condotta discriminatoria.

Ulteriore richiesta verte infine sullo scomputo dal computo dei 104 giorni di assenza realizzata in costanza del periodo emergenziale col conseguente ricalcolo dell'istituto accertando, se del caso, la nullità dell'art. 42 del CCNL Comparto Sanità a causa della sottoposizione al computo dei soggetti disabili; in ogni caso, ad avviso della lavoratrice, la Corte dovrà ordinare alla convenuta di assegnare la ricorrente a mansioni compatibili con il proprio stato di salute e la propria fragilità, anche in esecuzione dell'obbligo di sorveglianza sanitaria esteso a tutto il 28/02/2022 con il D.L. 24/12/2021 n. 221.

La Fondazione *Assistenza e Cura per i Malati di Alzheimer* si è costituita in giudizio chiedendo, come da conclusioni di cui sopra, in via principale, il rigetto dell'appello avverso e, in via subordinata per il caso di accoglimento delle domande di controparte, la determinazione dell'indennità risarcitoria tenendo conto dell'*aliunde perceptum*.

Osserva l'appellata che le tutele di cui all'art. 26, comma 2, del D.L. n. 18/2020 (la non computabilità ai fini del computo dei periodi di assenza certificati) non riguardano qualsiasi lavoratore che abbia avuto in un passato una particolare patologia, che sia portatore di una disabilità o qualsivoglia tipologia di assenza per malattia certificata dal medico curante. Rilevano invece unicamente quelle assenze ricollegabili alla specifica condizione clinica del paziente e che siano chiaramente individuabili per il datore di lavoro (e per l'INPS) come relative a una situazione di rischio di un soggetto fornito di anamnesi personale critica.

È pertanto onere del lavoratore attivarsi per acquisire idonea certificazione sanitaria attestante una sua situazione di rischio. Tale adempimento non era stato compiuto dalla *Fondazione* che avrebbe dovuto munirsi di idonea e specifica certificazione attestante la sua condizione di "rischio" trasmettendola tempestivamente all'Azienda, non essendo a tal riguardo sufficiente la semplice indicazione apposta dal medico di base di "*paziente a rischio COVID*".

Sul secondo motivo di gravame, l'appellata addebita all'inerzia della controparte la mancata trasmissione secondo legge alla datrice di lavoro della certificazione utile ad attestare la sua specifica condizione di individuo a rischio per come direttamente e strettamente discendente da particolari patologie o condizioni di salute.

Gli unici documenti allegati sono invero piuttosto risalenti nel tempo e il più recente è rappresentato dal verbale della Commissione di prima istanza per l'accertamento dello stato di invalidità civile del 14/01/2000. Peraltro, la certificazione del medico competente di ICP del 21/04/2004 nulla riferisce al riguardo (doc. 13 fasc. primo grado appellante).

Inoltre, nel maggio 2015 la *Fondazione* era stata sottoposta a visita presso il Dipartimento Area della Medicina Preventiva e, all'esito, il medico competente l'aveva ritenuta idonea senza alcuna limitazione, disponendo nuova visita medica periodica nel maggio 2019 (cfr. doc. 2 fasc. primo grado Fondazione).

In merito al terzo motivo di impugnazione, la Fondazione rileva che non si tratta di far dipendere da un terzo (il medico di base) l'applicazione della normativa. È invece interesse del lavoratore coinvolto quello di attivarsi per acquisire la certificazione, controllarne il contenuto nonché trasmetterla tempestivamente al datore di lavoro ai fini della tutela di cui all'art. 26 cit..

Sul quarto e sul quinto motivo di appello, l'appellata oppone che nel novembre 2020, proprio al fine di agevolare i dipendenti sulla disciplina delle malattie e del comportamento, la Fondazione aveva promosso la pubblicazione sul proprio sito istituzionale e la diffusione a tutti i dipendenti via mail, di una dettagliata circolare al riguardo, riportandone i contenuti anche nella sezione FAQ della rete intranet aziendale.

In più, aveva espressamente invitato il personale a prendere contatto con l'Ufficio Risorse Umane per approfondimenti.

Tutto ciò, secondo la Fondazione, finisce anche per escludere la configurabilità di una discriminazione indiretta e diretta ai danni della dipendente.

In definitiva, era suo onere:

- a. attivarsi per ottenere informazioni sul termine di scadenza del periodo di comportamento e sulle giornate di malattia effettuate;
- b. richiedere l'effettuazione di visita presso il Medico Competente per l'accertamento delle condizioni previste dall'art. 26, comma 2, cit. e comunque sottoporsi a visita nel settembre 2020 come disposto dal Servizio di Prevenzione e Igiene della Fondazione;
- c. trasmettere al datore di lavoro tempestivamente (e non a rapporto cessato) idonea certificazione medica ai fini del corretto calcolo del periodo di comportamento;
- d. richiedere eventualmente lo svolgimento della prestazione in modalità agile.

In ordine al sesto motivo di gravame, l'appellata ribadisce il valore del suo comunicato sul comportamento quale adempimento atto a escludere recisamente la violazione delle regole di buona fede.

Sul settimo motivo di appello, si obietta ulteriormente che la dipendente in corso di rapporto non si era procurata idonea certificazione sanitaria attestante una sua situazione di rischio ai sensi e per gli effetti dell'art. 26, comma 2, cit..

In via subordinata, in caso di accoglimento delle domande attoree, l'appellata evidenzia che la retribuzione lorda mensile di riferimento per il calcolo del TFR ammonta ad € 1.595,07 e non ad € 1.715,97 lordi come indicato nell'atto di appello e nel ricorso in primo grado. Inoltre, la Corte dovrebbe applicare l'art. 63, comma 2, TUIP, con detrazione dal risarcimento di *aliunde perceptum e percipiendum*.

Da ultimo, l'ex datrice di lavoro eccepisce l'inammissibilità di un nuovo capitolo di prova (cap. 23, pag. 4 dell'atto di appello) e del nuovo documento n. 3, siccome palesatisi per la prima volta solo in grado di appello.

>:<

L'appellante ricorda quali siano stati i passaggi fondamentali della sua storia lavorativa e, al contempo, dei percorsi clinici e dei dati anamnestici.

Il rapporto di lavoro con l'odierna appellata era sorto in data 1/02/2005, ma sin dall'anno 1992 la prestava servizio presso gli Istituti Clinici di Perfezionamento confluiti nel 2005 nella Fondazione.

Nel 1991 era stata ricoverata presso l'Ospedale San Raffaele per un intervento di tiroidectomia totale e linfadenectomia latero - cervicale (Doc. 3- Commissione prima istanza 1992) e in data 14 settembre 1992 la Commissione di prima istanza per l'accertamento degli stati di invalidità civile, diagnosticava esiti di tiroidectomia e di linfadenectomia laterocervicale con verosimili secondarismi linfonodali, dichiarando a carico dell'interessata uno stato d'invalidità con riduzione di capacità lavorativa in misura superiore ai 2/3 ossia dell'80% (vedi Doc. 3) alla stregua di un riconoscimento scemato in data 23 agosto 1995 al 67% (la Commissione di prima istanza aveva diagnosticato esiti di tiroidectomia e di linfadenectomia laterocervicale per NPI. (neoplasia n.d.r.) mentre il 14 novembre 2000 la Commissione di prima istanza riconosceva un'invalidità con riduzione di capacità lavorativa in misura leggermente superiore a 1/3 ossia del 46% (Doc. 5 - Commissione prima istanza 2000).

La terapia radiometabolica susseguente al trattamento della tiroide aveva avuto notevoli effetti debilitanti.

Inoltre, "con nota del 22/12/2004 la ricorrente veniva assegnata, per motivi di salute, alla direzione sanitaria di presidio (Doc. 12 - modificazione rapporto di lavoro).

In data 6 aprile 2004 veniva effettuata una nuova visita dal medico competente per l'idoneità al lavoro che attestava l'idoneità alla ripresa dell'attività lavorativa con compiti che non prevedessero il mantenimento di una prolungata stazione eretta e attività gravose quali movimentazioni e pedonaggio (Doc. 13 - Idoneità al lavoro 2004).

A seguito di richiesta della ricorrente l'AO riconosceva il periodo di malattia dal 3 novembre 2003 al 30 aprile 2004 quale assenza per patologia grave accompagnata da terapie salvavita (Doc. 14 - Risposta richiesta)... .. in data 6 febbraio 2014 la ricorrente trasmetteva verbale d'invalidità a Marzia Bellesia, ma nonostante ciò, a seguito in particolar modo del sorgere della pandemia, la convenuta non ha adottato alcun accorgimento nei suoi confronti (Doc. 16 - trasmissione verbale d'invalidità)."

Nel compiere un salto all'anno 2015, la parte ha osservato che nel maggio le era stata diagnosticata un'epatite C (ma, come hanno chiarito il Giudice e la Fondazione resistente, trattavasi di un c.d. falso positivo che non implicava l'accertamento dell'insorgenza dell'epatite).

All'esito di un'assenza per malattia protrattasi dal marzo al luglio 2021 per la quale il medico di base aveva certificato alla paziente la presenza del rischio Covid-19, arrivati al 2 luglio 2021 vi era stata la lettera di recesso per superamento del periodo di comporto anche in forza di quell'assenza di 203 giornate.

Prima di passare alla stesura dei suoi veri e propri motivi di gravame, l'appellante ha fatto presente che la Fondazione era responsabile della supervisione sullo stato e le condizioni dell'impiegata e non poteva essere ignara di quanto occorso alla nel corso del pregresso rapporto di lavoro trasferitole nel 2005.

Con riferimento all'art. 26 cit. poi, secondo l'appellante *“la norma deve essere interpretata in modo ampio così da dare effettiva esecuzione al principio di precauzione; nelle intenzioni del legislatore è sicuramente meglio avere un lavoratore in più assente che correre il rischio di vederlo ammalarsi di Covid-19 con implicazioni imprevedibili per la sua salute e quella della comunità. Il Tribunale ha invece dato un'interpretazione del tutto opposta della norma, restringendo il suo campo di applicazione e addirittura escludendo l'applicazione di ipotesi espressamente contemplate.”*

Dai dati e dai rilievi sinora esposti è possibile ricavare quanto segue.

La era stata senz'altro una paziente oncologica, quale che potesse essere stata la gravità dell'affezione, la donna ne presentava degli *esiti* -termine medico atto ad esprimere gli effetti (menomativi) indotti da un antecedente patologico e come tali residuati a carico di un soggetto rimasto significativamente marcato nelle proprie condizioni di salute dal pregresso fattore clinico nocivo; le sue allegazioni e le stesse produzioni documentali che ne supportano la portata, danno quindi pienamente conto di un trascorso medico/clinico/chirurgico precisamente corrispondente al tipo di condizione valorizzata nella sua nozione dall'art. 26 (*esiti da patologie oncologiche*), dal momento che sono in atti più documenti attestanti l'esecuzione di una linfadenectomia localizzata (per cui alcuni dei linfonodi nell'area del tumore vengono rimossi) a livello tiroideo che aveva finito per comportare l'asportazione o la soppressione (a seconda delle tecniche impiegate) della stessa tiroide.

Accanto e di seguito al primo presupposto rappresentato dagli esiti della patologia tumorale, stava un'ulteriore condizione, tale da concretare la presenza del secondo requisito (lo si ricorda alternativamente contemplato dall'art. 26 cit.), della relativa assunzione della terapia salvavita costituita proprio dalla sottoposizione della malata al trattamento farmacologico notoriamente (anche in rapporto alle fruttuose ricerche esperite nella seconda metà del secolo scorsi presso i presidi sanitari pisani) in grado supplire alla mancanza nel paziente della produzione ormonale della soppressa ghiandola tiroidea.

L'asportazione della tiroide, coevamente legata al trattamento della forma tumorale, costituiva perciò un antifatto clinico di rilievo pure e particolarmente sotto il profilo

dell'assunzione delle necessitate terapie integrative (salva vita) previste per quel trattamento sanitario, di certo essenziali allo scopo di supplire alla mancanza della ghiandola con funzione salvavita nel senso più ampio della parola.

In ulteriore analisi, la _____ era portatrice dello stato di handicap indotto dall'invalidità civile, in ultimo accertata pari alla misura del 46 %.

Sotto tale profilo, ad avviso della Corte, si trattava dunque di un soggetto in linea di principio attratto, per ciò solo, nelle previsioni di cui all'art. 2 del D.Lgs. n. 2016/2003 che valorizza la nozione di handicap ai fini delle forme di discriminazione diretta e indiretta tutelate dalla legge del 2003.

Ora, l'art. 26 del DL n. 18/2020 dà -incensurabilmente- solo rilievo ad una condizione invalidante/disabilitante qualificata da una "connotazione di gravità ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104".

Ma, se questo solo puntuale e circoscritto riferimento normativo esclude si possa trattare di una pecca a carico della fonte fronteggiabile col rimedio sollecitato dall'appellante della rimessione della norma al vaglio della Corte di Giustizia se non altro in rapporto all'alternativa qualità ed ampiezza delle causali privilegiate dall'art. 26 quale disposizione senza dubbio sottoposta a forme di vaglio interpretativo altrettanto ampie, d'altro canto lo stato di handicap di cui la _____ era portatrice quale invalida civile non altrimenti definita se non quale portatrice della significativa percentuale d'invalidità che si è vista, rappresentava invero un dato basilare, tale da stimolare l'adozione da parte dell'Azienda -a sue proprie cure e iniziative- di una serie di iniziative e presidi atti a facilitare la lavoratrice al ricorso e all'impiego di documentazione della legge (quella che l'art. 26 sembra ritenere essenziale e ineludibile a scapito delle condizioni di fatto dell'individuo portatore di una delle condizioni legalmente rilevanti), pena il reale realizzarsi di una condotta discriminatoria di tipo diretto.

Ad avviso del Collegio, a quest'ultimo risultato la datrice di lavoro era pervenuta omettendo l'adozione, lo si dice nel senso più ampio del termine, di 'accomodamenti ragionevoli' -come si sa, frutto dell'elaborazione giurisprudenziale, prima di tutto europea- ovvero sia quegli accorgimenti, presidi, attenzioni e pratiche idonei a demolire, senza detrimento per gli interessi della parte datoriale, gli ostacoli o le possibili difficoltà in grado di mortificare o frenare tutte le potenzialità manifestabili dal lavoratore nella pratica della sua occupazione.

Trattandosi perciò di rimedi e di forme di ausilio richiesti sulla base del concetto di solidarietà umana e sociale ed assegnati alle cure della parte datoriale in guisa di obbligazioni connaturate al piano funzionale della relazione lavorativa e pienamente suscettibili di essere soppesate in termini di corretto adempimento, né più, né meno che seguendo lo schema di imputazione di responsabilità dettato dall'art. 1218 c.c.,

della loro mancanza se ne può senz'altro apprezzare la portata nella fattispecie concreta.

Nella vicenda di causa, infatti, prevaleva di fondo uno stato di fatto connotato dalla presenza, e nella specie persino pure dall'interazione, di più fattori -due dei quali (esiti oncologici e assunzione di terapie salvavita), manifestatisi e manifesti nella storia clinica della [redacted] sintomaticamente posti in risalto nel corpo dell'art. 26 DL 18/2020 a proposito delle condizioni sussumibili quali fattori di rischio e perciò di per sé stessi destinati ad assumere rilevanza nel quadro della forma di tutela legale studiata nel 2020 per fronteggiare i suddetti effetti sociali della pandemia in corso.

Essendo la [redacted] anche una persona affetta dall'handicap che le derivava, più direttamente che dalle altre causali cliniche, dallo stato di invalidità, l'Azienda era tenuta a predisporre nei suoi confronti un percorso strumentale agevolativo affinché la donna potesse arrivare pianamente a fruire della protezione legale collegata prima di tutto al suo stato di salute.

Uno stato che non poteva essere ignorato, non soltanto poiché un difetto di conoscenza era in linea di principio smentito dalle modalità con le quali aveva avuto luogo la cooptazione della lavoratrice nel 2005 per come acquisita senza soluzione di continuità lavorativa dagli Istituti Clinici cedenti e che, se anche fosse, non integrava certo, per la Fondazione, una esimente o un fattore liberatorio nello schema di responsabilità che si è detto essere ascrivibile alla Fondazione ai sensi dell'art. 1218 c.c., prima di tutto poiché l'Azienda era la datrice di lavoro dell'odierna appellante e rivestiva conseguentemente variegati ruoli (imposti) di conoscenza, supervisione e monitoraggio dello stato di salute della dipendente in forza dell'art. 2087 c.c..

Al cospetto di una lavoratrice disagiata e fragile per via dell'influenza di un novero di antecedenti sanitari invalidanti non ignorabili da parte datoriale e, almeno in due casi di quelli normativamente previsti, in grado di valere pienamente quali requisiti per conseguire la forma di tutela apprestata dall'art. 26, il fatto non essere stati adottati dei contegni opportunamente atti a favorire da parte della donna l'adozione dei presidi documentali proceduralmente richiesti dalla norma ex art. 26, al di là della spettanza del regime protettivo, per l'operatività stessa della forma di tutela in questione, ha finito per integrare in concreto le basi di un fenomeno di discriminazione diretta poiché la mancanza di accorgimenti ausiliatori imposti dal rapporto di lavoro e dalle fonti di legge, avrebbe dovuto avere il proprio incipit immediatamente nel fatto di aver trascurato la possibile influenza della congerie di minorazioni in ordine alla piena e incontrastata possibilità della [redacted] di attivarsi efficacemente per giungere a soddisfare le condizioni legali collegate allo stato delle lavoratrice.

Una forma discriminatoria quella che si è evidenziata originata -tanto basta, anche a prescindere dai presupposti di colpa rimarcati dall'art. 1218 c.c. ai fini

dell'operatività della forma di responsabilità ivi prevista- da un'obiettiva omissione di attenzioni imposte a favore di una parte del rapporto lavorativo disabile.

Anche ammettendo che la Fondazione fosse o fosse stata tenuta all'oscuro delle condizioni patologiche o puramente clinico sanitarie a carico della , quel che appare deficitario nell'anzidetto schema di imputazione di responsabilità contrattuale, da un canto è la mancata allegazione di elementi liberatori allo scopo di esonerare la datrice di lavoro dagli adempimenti richiesti dall'ordinamento lavoristico in particolare e, dall'altro canto, è al contempo, come si è detto, l'obiettiva attivazione di una fattispecie discriminatoria.

Come ha già notato questa stessa Corte territoriale nella sentenza n. 301/2021, *“la discriminazione, diretta o indiretta che sia, opera sempre su di un piano puramente oggettivo possedendo per questa ragione delle connotazioni negative che vanno al di là della pura e semplice consapevolezza in capo al soggetto agente in ordine ai presupposti del fenomeno, ai suoi effetti e al suo disvalore giuridico oltre che umano e sociale : basta in pratica che si manifesti con effetti nella sfera soggettiva della “vittima” un fatto di per sé foriero di una valenza discriminatoria perché esso operi lasciando spazio ai mezzi di tutela ordinamentali”*.

Alla luce di quel che sopra si è precisato a proposito di una soluzione che deve pur sempre muovere dal criterio soggettivo di imputazione della responsabilità civile da inadempimento, l'affermazione virgolettata che precede va intesa (e puntualizzata) alla luce proprio di questo, tant'è che nella fattispecie presa in esame in quel giudizio di appello era stato affrontato un caso connotato da particolari problematiche conoscitive datoriali analoghe a quelle dibattute nel presente giudizio e di cui si era tenuto conto.

In altri termini, prescindendo dal puro e semplice dato normativo, scaturito pur sempre dall'encomiabile intento del legislatore di salvaguardare lavorativamente dall'epidemia in corso una fascia di soggetti deboli affetti, in guisa di requisiti legittimanti, da stati e condizioni sanitarie degni di particolari forme di protezione, tra cui soprattutto quella della sterilizzazione delle malattie sul decorso del comparto (2° comma dell'art. 26), il primo elemento atto a risolvere la questione centrale di questa lite, è che la rivestiva effettivamente, sia nella realtà e delle cose, che dal punto di vista normativo, la qualità di soggetto portatore di esiti di una forma tumorale trattata sino al punto di rendere la paziente bisognosa di un terapia salvavita atta a fronteggiare l'asportazione di un organo fortemente influente, come si sa, sul corretto funzionamento del sistema endocrino e del metabolismo umano e per questo non è neppure trascurabile che il medico curante avesse definito l'assistita come paziente a rischio Covid.

E il non averne tenuto conto, ha rappresentato una chiara forma di discriminazione diretta, tanto più se si considera, indissolubilmente rispetto al rilievo appena esposto, che la vittima della discriminazione era innegabilmente portatrice di uno stato di handicap per via dell'invalidità civile a suo carico, una invalidità che anche se non

presentava la soglia qualitativa e quantitativa di quella privilegiata in senso stretto dall'art. 26 più volte richiamato, costituiva senza dubbio un segnale di allerta al fine di evitare -se non altro nella loro essenziale materialità- la realizzazione di forme di discriminazione obiettivamente generate, come avvenuto, e dall'indebita espunzione di due requisiti che c'erano e dal non aver apprestato delle forme di ausilio utili a fare valere quei requisiti, nel senso che poco sopra si è cercato di precisare.

In altre parole, l'odierna appellante non solo poteva fare valere l'esistenza e la portata di due requisiti -completamente trascurati da parte della Fondazione per l'asserita rilevante mancanza delle certificazioni di legge appositamente enunciate in senso alla norma, ai fini della conservazione di una parte del periodo di comportamento era anche gravata da uno stato di handicap rilevante, non tanto ai fini di quanto sancito dall'art. 26 (sarebbe stato il terzo requisito) ma per poter essere posta nelle condizioni in grado di facilitare alla persona affetta dalle minorazioni, gli adempimenti di legge utili allo scopo di influire sul trascorrere del periodo di comportamento.

Tutto questo, beninteso, a volere negare per rigorosa fedeltà letterale, una portata della norma ex art. 26 anche in favore di una stessa fascia di soggetti deboli contrassegnati da analoghe patologie accomunate dal tratto di possedere in sé delle attitudini rischiose o esiziali per il soggetto particolarmente fragile interessato.

Attenendosi comunque al piano di considerazioni formulate prima del passo che precede, si trattava in definitiva di attuare doverose forme di cooperazione datoriale la cui omissione stava a contrassegnare la realizzazione di una condotta discriminatoria indotta anche solo da un presupposto che sebbene non presentasse la stessa entità di quello legale sarebbe comunque servito -nel quadro di principi che obbligano il datore di lavoro a presiedere alla salvaguardia della condizioni di salute del dipendente- per porre la lavoratrice allo stesso livello degli altri soggetti non minorati, a nulla rilevando che la norma di cui all'art. 26 cit. sia proprio indirizzata e contempli gli handicappati gravi nel senso ivi previsto: in questo caso era la Fondazione il soggetto tenuto a risolversi per facilitare la a fare valere quantomeno gli altri due requisiti reali ed effettivi.

Essendo venuta in luce una fattispecie di licenziamento discriminatorio, va apprestata in favore di la tutela prevista dal combinato disposto dei primi due commi dell'art. 18 L. 300/1970, disponendo la sua reintegrazione nel posto di lavoro in uno con la condanna della Fondazione appellata a corrispondere alla lavoratrice un'indennità risarcitoria corrispondente alle mensilità retributive dovute dal recesso alla ricostituzione del rapporto di lavoro oltre accessori di legge e oltre alla regolarizzazione previdenziale e assistenziale presso i competenti Istituti.

Non ha infine rilievo l'eccezione (ri)formulata dalla Fondazione appellata in ordine alla detrazione dell'*aliunde perceptum* dall'importo eventualmente riconosciuto a titolo di indennità risarcitoria.

Al riguardo, vale senz'altro quanto additato dalla Corte di Cassazione con la Sentenza n. 2499 del 31/1/2017, che ha trovato molteplici conferme applicative nella giurisprudenza di questa Corte distrettuale, per cui *“In tema di licenziamento illegittimo, il datore di lavoro che invochi l’“aliunde perceptum” da detrarre dal risarcimento dovuto al lavoratore deve allegare circostanze di fatto specifiche e, ai fini dell’assolvimento del relativo onere della prova su di lui incombente, è tenuto a fornire indicazioni puntuali, rivelandosi inammissibili richieste probatorie generiche o con finalità meramente esplorative”*.

La Fondazione _____ non ha compiuto allegazioni in fatto da cui si potesse, quantomeno credibilmente, desumere il reperimento da parte della _____ di un'altra occupazione economicamente fruttuosa, né al proposito ha sollecitato l'esperimento di mezzi istruttori non puramente esplorativi.

A proposito dell'*aliunde percipiendum* valga infine considerare l'arresto di cui all'Ordinanza della Cassazione n. 1602 del 19/1/2023 per la quale *“Nell'ipotesi di licenziamento illegittimo cui consegua la tutela reintegratoria cd. "piena", di cui all'art. 18, comma 1, st.lav. riformulato - che opera quale regime speciale concernente la materia dei licenziamenti individuali - non trova applicazione la detrazione dell’“aliunde percipiendum” in quanto il comma 2 dell'articolo citato dispone che nella predetta ipotesi dal risarcimento vada dedotto esclusivamente quanto dal lavoratore percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative e non anche quanto il lavoratore “avrebbe potuto percepire dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione”, come previsto, invece, dal successivo comma 4 in materia di tutela reintegratoria cd. “attenuata”. (Nella specie, la S.C. ha rigettato il motivo di ricorso con il quale il datore di lavoro aveva lamentato, avuto riguardo alla dedotta mancata iscrizione della lavoratrice al centro per l'impiego, la omessa applicazione, in sede di gravame, del principio della detraibilità dell’“aliunde percipiendum” sulla base dell'art. 1227 c.c.)”*.

L'appello va dunque accolto come da dispositivo in cui le spese processuali di tutto il giudizio sono poste a carico di Fondazione _____ Policlinico nella misura ivi liquidata in applicazione dei criteri posti dal DM 10.3.2014 n. 55, dal DM 8.3.2018 n. 37 nonché dal DM 13 agosto 2022 n. 147, tenuto conto del valore della controversia e del suo grado di complessità nonché dell'assenza di attività istruttoria nella presente fase del giudizio.

P.Q.M.

In riforma dell'Ordinanza ex art. 702 ter c.p.c. in data 7 aprile 2022 del Tribunale di Milano Sezione Lavoro, disattesa ogni altra istanza, eccezione e domanda, annulla il licenziamento comunicato a _____ il 2 luglio 2021 e, per l'effetto, condanna la Fondazione appellata a reintegrare _____ nel posto di lavoro ricoperto al momento del recesso e a corrisponderle un'indennità risarcitoria commisurata alle

mensilità della retribuzione globale di fatto, pari a € 1.715,97 mensili lordi, dalla data del recesso a quella della reintegra effettiva oltre interessi legali computati con la stessa decorrenza e oltre al pagamento delle contribuzioni e dei premi assicurativi in favore degli Enti previdenziali e assistenziali.

Condanna la Fondazione _____ a rifondere a _____ le spese dei due gradi liquidate, per ciascuno di essi, in complessivi € 3.500,00 oltre spese generali, IVA e CPA.

Milano, 14 marzo 2023.

Il Consigliere rel.
Roberto Vignati

Il Presidente
Monica Vitali



Numero registro generale 1950/2019

Numero sezionale 566/2023

Numero di raccolta generale 9095/2023

Data pubblicazione 31/03/2023

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE LAVORO

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. GUIDO RAIMONDI	Presidente
Dott. MARGHERITA MARIA LEONE	Consigliere
Dott. FABRIZIA GARRI	Consigliere
Dott. ANTONELLA PAGETTA	Consigliere
Dott. GUALTIERO MICHELINI	Consigliere-Rel.

Oggetto:

LICENZIAMENTO -
PERIODO DI
COMPORIO -
LAVORATORE
DISABILE -
DISCRIMINAZIONE
INDIRETTA

Ud.31/01/2023

PU

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso iscritto al n. 1950/2019 R.G. proposto da:

AMSA S.P.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA NOMENTANA, n. 257, presso lo studio dell'avvocato ALESSANDRO LIMATOLA, che la rappresenta e difende unitamente agli avvocati CLAUDIO DAMOLI, ANDREA DELL'OMARINO, LORENZO CANTONE, ENZO PISA, OSVALDO CANTONE, GILDA PISA;

- **ricorrente** -

contro

, domiciliato in ROMA, PIAZZA CAVOUR, presso la CANCELLERIA della CORTE di CASSAZIONE, rappresentato e difeso dagli avvocati NYRANNE MOSHI, DANIELA PALMIERI, IVAN ASSAEL;

- **controricorrente** -

Firmato Da: RAIMONDI GUIDO Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 543227fd7c753b48491ab9b7412853a3 - Firmato Da: BARONE FABRIZIA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 39f6f8d12acdc2bb9b9bc206fc3084ca
Firmato Da: MICHELINI GUALTIERO Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 480301eeb21264e90c9363e11852ae4c2



avverso la SENTENZA della CORTE D'APPELLO di MILANO n. 755/2018, pubblicata il 03/07/2018, R.G.N. 1153/2017; udita la relazione svolta nella pubblica udienza del 31/01/2023 dal Consigliere Dott. GUALTIERO MICHELINI; udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. MARIO FRESA, che ha concluso per il rigetto del ricorso; udito l'avvocato CLAUDIO DAMOLI; udito l'avvocato IVAN ASSAEL.

FATTI DI CAUSA

1. La Corte d'appello di Milano, con sentenza n. 755/2018, ha rigettato l'appello di AMSA s.p.a. e l'appello incidentale di , proposti avverso l'ordinanza n. 28175/2017 del Tribunale della stessa città con la quale il giudice di primo grado, in parziale accoglimento della domanda del lavoratore, aveva:
 - dichiarato il carattere discriminatorio della condotta tenuta dalla società nei confronti del medesimo;
 - dichiarato la nullità del licenziamento intimatogli;
 - condannato la società alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro ed al risarcimento del danno, determinato nell'indennità mensile dalla data del licenziamento (29/6/2016) a quella di effettiva reintegrazione, oltre accessori, nonché al versamento dei contributi di legge per il medesimo periodo;
 - condannato la società ad assegnare il ricorrente a mansioni compatibili con la disabilità certificata e in ogni caso ad adottare ogni provvedimento appropriato per consentire al ricorrente di svolgere la propria prestazione lavorativa compatibilmente con le proprie condizioni di salute;
 - rigettato la domanda di risarcimento del danno proposta dal lavoratore.
2. Ha osservato la Corte di merito, in particolare, che:



- il ricorrente, dipendente con mansioni di spazzino stradale o spazzino porta-sacchi, era stato licenziato per superamento del periodo di comporto;
 - il Tribunale aveva ravvisato una discriminazione diretta correlata alle condizioni di disabile del lavoratore, riconosciuto portatore di handicap ai sensi dell'art. 3, comma 1, legge n. 104/1992, con capacità lavorativa ridotta del 75%, inidoneo a diverse mansioni sulla base degli accertamenti sanitari;
 - detta discriminazione era consistita, per il Tribunale, nell'irrogazione del licenziamento (per assenza dal lavoro per 375 giorni nell'arco di 1095 giorni), dovendosi presumere (nonostante l'invio, non riscontrato dal lavoratore, di avviso dell'approssimarsi del comporto) che le assenze per malattia fossero riconducibili alla situazione di disabilità del lavoratore per l'assegnazione a mansioni incompatibili con il suo stato di salute;
 - ad avviso della Corte d'appello, la pronuncia di primo grado era da confermare, *"sia pure in forza, in parte, di differenti considerazioni"*, dovendo ritenersi nella fattispecie *"sussistente, con carattere assorbente in relazione alle altre questioni proposte, una discriminazione di natura indiretta"*, come da domanda proposta nel ricorso introduttivo, ritenuta assorbita dal Tribunale, espressamente riproposta dal lavoratore nella memoria di costituzione in appello
 - detta discriminazione era consistita, alla luce del grave quadro patologico del lavoratore qualificabile come disabilità ai sensi della direttiva 2000/78/CE, nell'aver la società applicato l'art. 42 CCNL Federambiente al lavoratore licenziato, trascurando di distinguere assenze per malattia ed assenze per patologie correlate alla disabilità, in contrasto con i principi espressi dalla sentenza della Corte di Giustizia UE con sentenza del 18/1/2018 in causa C-270/16.
3. Avverso la sentenza della Corte d'Appello di Milano la società AMSA s.p.a. ha proposto ricorso per cassazione con 2 motivi, cui ha resistito con controricorso.



4. La causa è stata rimessa da udienza camerale a udienza pubblica; le parti hanno depositato memorie e discusso oralmente la causa; il P.G. ha concluso per il rigetto del ricorso.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Con il primo motivo di ricorso, la società deduce violazione e falsa applicazione dell'art. 2, comma 1, lett. b), del d. lgs. n. 216/2003 e dell'art. 42, lett. b), del CCNL dei Servizi ambientali - Federambiente del 17/6/2011, in relazione agli artt. 2110, commi 1 e 2, e 1362 c.c. per avere la Corte d'Appello di Milano ritenuto, in via solamente astratta, che *"l'art. 42 del CCNL del settore, in quanto applicabile in modo identico alle persone disabili ed alle persone non disabili che sono state assenti dal lavoro, non introduce una disparità di trattamento direttamente basata sulla disabilità"* e che *"tale disposizione, pur se tende ad un legittimo contemperamento degli interessi delle parti del rapporto di lavoro, ecceda quanto necessario per realizzare tale finalità, trascurando la condizione di disabile e prendendo in considerazione anche giorni di assenza dovuti a patologia collegata alla disabilità nel calcolo dei giorni di assenza per malattia"*, senza avere considerato che tale norma, in concreto e complessivamente interpretata secondo i canoni di ermeneutica contrattuale, e dunque anche alla luce degli obblighi normativi, di legge e contrattuali, vigenti e rilevanti per la tutela della salute del lavoratore sul luogo di lavoro, soprattutto in tema di idoneità o non idoneità al lavoro e conseguente adibizione a mansioni compatibili con le valutazioni a ciò correlate (cfr. anche art. 44 CCNL), non contiene alcuna previsione discriminatoria, nel rispetto del principio di trattamento del disabile con riferimento alle condizioni del suo licenziamento (violazione rilevante ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c.).
2. Con il secondo motivo, deduce ancora violazione e falsa applicazione degli artt. 1362 ss. c.c. in relazione all'art. 42, lett. b), comma 8 del



CCNL Servizi ambientali - Federambiente del 17/06/2011 e dall'art. 2, comma 1, lett. b) del D. Lgs. 216/2003, per avere ritenuto la Corte d'Appello di Milano che *"nella fattispecie l'applicazione dell'art. 42 nei confronti di [redacted], trascurando di distinguere assenze per malattie ed assenze per patologie correlate alla disabilità, ha comportato una discriminazione indiretta nei confronti del lavoratore"*, senza avere considerato che AMSA, con missiva del 12/01/2016, aveva altresì informato il sig. [redacted] che egli, nel periodo 12/01/2013 - 11/01/2016, aveva accumulato assenze per malattia per un ammontare pari a 335 giorni calendariali, invitandolo altresì a *"far pervenire ... osservazioni scritte ... entro 7 giorni dal ricevimento della presente"* e che, ciononostante, alcuna osservazione scritta a riguardo fece mai pervenire il controricorrente ad AMSA (vizio rilevante ai sensi della censura svolta sub art. 360, comma 1, nn. 3 e 5 c.p.c.).

3. La controversia riguarda l'interpretazione e la portata dell'art. 42 CCNL Federambiente applicato al rapporto che, per quanto in questa sede rileva, alla lett. B (*"Determinazione del periodo di conservazione del posto di lavoro: comparto breve e comparto prolungato"*) prevede: *"1. Nei casi di interruzione del servizio dovuta a infermità per malattia o infortunio non sul lavoro debitamente certificata, il lavoratore, non in prova, ha diritto alla conservazione del posto per un periodo, definito comparto breve, di 365 giorni calendariali. Il suddetto periodo di conservazione del posto si intende riferito al cumulo delle assenze verificatesi nei 1.095 giorni precedenti ogni nuovo ultimo episodio morboso. 2. Nell'ipotesi in cui il superamento del periodo di conservazione del posto di cui al comma 1 sia determinato da un unico evento morboso continuativo, debitamente certificato, comportante un'assenza ininterrotta, il lavoratore ha diritto alla conservazione del posto per un ulteriore periodo di 180 giorni calendariali. Di conseguenza il periodo complessivo di conservazione del posto, definito comparto prolungato, sarà di 545 giorni calendariali, sempre riferito al cumulo*



delle assenze verificatesi nei 1.095 giorni precedenti ogni nuovo ultimo episodio morboso (...) 8. Entro il mese di gennaio di ogni anno solare, l'azienda fornisce informazioni sulla situazione relativa alla conservazione del posto di lavoro, con riguardo ai lavoratori che hanno accumulato assenze per infermità pari o superiori a 250 giorni calendariali nei 1.095 giorni calendariali precedenti la data della comunicazione aziendale".

4. L'applicazione della norma contrattuale collettiva in questione al licenziamento del lavoratore dipendente nel caso in esame, per superamento del periodo di comporto breve, è stata ritenuta dalla Corte di merito discriminatoria, per avere la società trascurato, nell'adottare la decisione di recesso, "di distinguere assenze per malattia ed assenze per patologie correlate alla disabilità".
5. E' stata, precisamente, ravvisata un'ipotesi di discriminazione indiretta, che ricorre, ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. b), d.lgs. 216/2003 (normativa di attuazione della direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro) "quando una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri possono mettere le persone che professano una determinata religione o ideologia di altra natura, le persone portatrici di handicap, le persone di una particolare età o nazionalità o di un orientamento sessuale in una situazione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone "(testo vigente, di trasposizione dell'art. 2, paragrafo 2, lett. b, della direttiva 2000/78/CE); ciò valorizzando, segnatamente, la sentenza CGUE del 18 gennaio 2018, che ha affermato che l'articolo 2, paragrafo 2, lettera b), i), della direttiva 2000/78/CE deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale in base alla quale un datore di lavoro può licenziare un lavoratore in ragione di assenze intermittenti dal lavoro, sebbene giustificate, nella situazione in cui tali assenze sono dovute a malattie imputabili alla disabilità di cui soffre il lavoratore,



a meno che tale normativa, nel perseguire l'obiettivo legittimo di lottare contro l'assenteismo, non vada al di là di quanto necessario per raggiungere tale obiettivo, circostanza che spetta al giudice del rinvio valutare.

6. Preliminarmente, deve escludersi il passaggio in giudicato (sostenuto da parte controricorrente) del capo relativo alla discriminatorietà della condotta datoriale per mancata impugnazione della fattispecie di discriminazione diretta di cui all'ordinanza di primo grado. Infatti, il giudicato si forma sulle statuizioni del provvedimento e non sulla motivazione (nel caso in esame la Corte ha rigettato gli appelli avverso statuizioni di declaratoria del carattere discriminatorio della condotta della società nei confronti del lavoratore, di declaratoria della nullità del licenziamento, di ordine di reintegrazione, di condanna al risarcimento del danno e all'assegnazione a mansioni compatibili con le condizioni di salute, e non vi è stata alcuna riforma di tali statuizioni). Il giudicato interno non è configurabile, neppure in forma implicita, nella fattispecie cd. di assorbimento improprio, dovuta alla decisione sulla base di una ragione più liquida, ossia quando dalla motivazione della sentenza risulti che l'evidenza di una soluzione abbia assorbito ogni altra valutazione (cfr. Cass. n. 41019/2021).
7. Tanto premesso, il primo motivo di ricorso non è fondato.
8. La tutela contro la discriminazione sulla base della disabilità si fonda, oltre che sulla della direttiva 2000/78/CE, attuata nell'ordinamento italiano, sulla Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, che include il motivo della disabilità nell'ambito dell'art. 21 (che sancisce il divieto generale di discriminazioni) e contiene anche una disposizione specifica (art. 26) che riconosce il diritto dei disabili di beneficiare di misure intese a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità (azioni positive).
9. È inoltre fondata sulla Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità, ratificata dall'Italia con legge n. 18/2009 (*"Ratifica ed*



esecuzione della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, con Protocollo opzionale, fatta a New York il 13 dicembre 2006 e istituzione dell'Osservatorio nazionale sulla condizione delle persone con disabilità"). Detta Convenzione (CDPD) è stata altresì approvata dall'UE, nell'ambito delle proprie competenze, con "Decisione del Consiglio del 26 novembre 2009 relativa alla conclusione, da parte della Comunità europea, della convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità" (2010/48/CE), con la conseguenza che per la Corte di giustizia UE le stesse direttive normative antidiscriminatorie vanno interpretate alla luce della Convenzione.

10. Già con la sentenza 11 aprile 2013 in cause riunite C-335/11 e C-337/11, HK Danmark, la CGUE ha chiarito che la nozione di «handicap» di cui alla direttiva 2000/78/CE, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, deve essere interpretata nel senso che essa include una condizione patologica causata da una malattia diagnosticata come curabile o incurabile, qualora tale malattia comporti una limitazione, risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche, che, in interazione con barriere di diversa natura, possa ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori, e tale limitazione sia di lunga durata, e che la natura delle misure che il datore di lavoro deve adottare non è determinante al fine di ritenere che lo stato di salute di una persona sia riconducibile a tale nozione.
11. In tale pronuncia, la CGUE ha sottolineato che la direttiva 2000/78 deve essere oggetto, per quanto possibile, di un'interpretazione conforme alla CDPD (§§ 28-32); infatti, la nozione di «handicap» non è definita dalla direttiva 2000/78 stessa (cfr. sentenza 11 luglio 2006 in causa C-13/05, Chacón Navas). Peraltro, la Convenzione dell'ONU, ratificata dall'Unione europea con decisione del 26 novembre 2009, alla sua lettera e) riconosce che «*la disabilità è un*



concetto in evoluzione e che la disabilità è il risultato dell'interazione tra persone con menomazioni e barriere comportamentali ed ambientali, che impediscono la loro piena ed effettiva partecipazione alla società su base di uguaglianza con gli altri».

12. In tal modo, l'articolo 1, secondo comma, di tale Convenzione dispone che sono persone con disabilità *«coloro che presentano durature menomazioni fisiche, mentali, intellettuali o sensoriali che in interazione con barriere di diversa natura possono ostacolare la loro piena ed effettiva partecipazione nella società su una base di uguaglianza con gli altri».* Inoltre, dall'articolo 1, secondo comma, della Convenzione dell'ONU risulta che le menomazioni fisiche, mentali, intellettuali o sensoriali debbano essere «durature». Né risulta che la direttiva 2000/78 miri a coprire unicamente gli handicap congeniti o derivanti da incidenti, escludendo quelli cagionati da una malattia; sarebbe, infatti, in contrasto con la finalità stessa della direttiva in parola, che è quella di realizzare la parità di trattamento, ammettere che essa possa applicarsi in funzione della causa dell'handicap (§§ 36 -41).
13. In proposito, la sentenza HK ha osservato che un lavoratore disabile è maggiormente esposto al rischio di vedersi applicare il periodo di preavviso ridotto (rilevante secondo la legislazione danese in materia) rispetto ad un lavoratore non disabile, perché, rispetto ad un lavoratore non disabile, un lavoratore disabile è esposto al rischio ulteriore di una malattia collegata al suo handicap. Pertanto, egli corre un rischio maggiore di accumulare giorni di assenza per malattia, con la conseguenza che la normativa in discussione in tale causa è idonea a svantaggiare i lavoratori disabili e, dunque, a comportare una disparità di trattamento indirettamente basata sull'handicap ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera b), della direttiva 2000/78. Occorre perciò esaminare se tale disparità di trattamento sia oggettivamente giustificata da una finalità legittima, se i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e se



essi non vadano al di là di quanto necessario per conseguire l'obiettivo perseguito dal legislatore (§§ 76, 77).

14. La nozione di handicap/disabilità quale limitazione risultante 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, ed il principio per cui le direttive normative antidiscriminatorie UE vanno interpretate alla luce della Convenzione ONU, sono stati ribaditi nelle sentenze CGUE 4 luglio 2013, in causa C- 312/2011 Commissione c. Italia (§ 56-57) e 18 dicembre 2014, in causa C- 354/13, FOA; §§53-56).
15. Con la sentenza 18 gennaio 2018, in causa C-270/16, Carlos Enrique Ruiz Conejero, valorizzata nella sentenza qui impugnata, la CGUE ha, appunto, affermato che la definizione di discriminazione indiretta contenuta nella direttiva UE osta a una normativa nazionale che consenta il licenziamento di un lavoratore in ragione di assenze intermittenti dal lavoro giustificate e dovute a malattie imputabili alla disabilità di cui soffre il lavoratore, salva verifica di quanto necessario per raggiungere l'obiettivo legittimo di lotta contro l'assenteismo.
16. Ha osservato che un trattamento sfavorevole basato sulla disabilità contrasta con la tutela prevista dalla direttiva 2000/78 unicamente nei limiti in cui costituisca una discriminazione ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, della stessa. Infatti, il lavoratore disabile che rientri nell'ambito di applicazione di tale direttiva deve essere tutelato contro qualsiasi discriminazione rispetto a un lavoratore che non vi rientri (§ 36). Ha confermato, a tal proposito, la constatazione che un lavoratore disabile è, in linea di principio, maggiormente esposto al rischio di vedersi applicare la normativa spagnola in discussione in tale causa rispetto a un lavoratore non disabile, essendo, rispetto a un lavoratore non disabile, 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. A tale rischio consegue l'idoneità di tale normativa a svantaggiare i lavoratori disabili e, quindi, a comportare una disparità di trattamento indirettamente basata sulla disabilità ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera b), della direttiva 2000/78.

17. La CGUE ha specificato, quanto alle problematiche di morbidità intermittente eccessiva ed ai costi connessi per le imprese, che gli Stati membri dispongono di un ampio margine di discrezionalità non solo nella scelta di perseguire uno scopo determinato in materia di politica sociale e di occupazione, ma altresì nella definizione delle misure atte a realizzarlo; e che la lotta all'assenteismo sul lavoro può essere riconosciuta come finalità legittima, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2), lettera b), i), della direttiva 2000/78, dal momento che costituisce una misura di politica occupazionale, senza tuttavia ignorare, nella valutazione della proporzionalità dei mezzi, il rischio cui sono soggette le persone disabili, le quali, in generale, incontrano maggiori difficoltà rispetto ai lavoratori non disabili a reinserirsi nel mercato del lavoro e hanno esigenze specifiche connesse alla tutela richiesta dalla loro condizione (§§ 39-51).
18. Alla luce della ricostruzione della giurisprudenza UE sopra richiamata, in materia regolata da specifica direttiva trasposta nell'ordinamento interno, nonché rientrante nell'area di tutela dell'art. 21 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea, applicabile alla fattispecie (in base all'art. 51 della stessa Carta, essendo certo il collegamento con il diritto dell'Unione), la sentenza impugnata si sottrae alle censure svolte con il primo motivo di ricorso.
19. Se è vero che la nozione di handicap/disabilità non è coincidente con lo stato di malattia, oggetto della regolazione contrattuale collettiva applicata al rapporto ai fini del computo del periodo di comporta rilevante ai sensi dell'art. 2110 c.c., ciò non significa che essa sia contrapposta a tale stato, che può esserne tanto causa quanto



effetto, e le cui interazioni devono essere tenute in considerazione nella gestione del rapporto di lavoro.

20. In questo senso, nel caso di specie, l'applicazione al lavoratore dell'ordinario periodo di comporta ha condivisibilmente rappresentato, secondo la Corte di merito, discriminazione indiretta. Ciò perché, rispetto 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.
21. Come si è visto, secondo la normativa dell'Unione europea come interpretata dalla Corte di Giustizia UE, è tale rischio a rendere idonea una normativa che fissa limiti massimi di malattia - identici per lavoratori disabili e non - in vista del recesso datoriale per (quale quella sul comporta breve) a svantaggiare i lavoratori disabili e, quindi, a comportare una disparità di trattamento indirettamente basata sulla disabilità.
22. L'evidenziato profilo di discriminatorietà prescinde dalle peculiarità e dai meccanismi previsti dalle normative danese e spagnola esaminati nelle citate sentenze della CGUE, e dalla fonte legislativa o contrattuale collettiva della regolazione del comporta o di meccanismi simili. Quel che rileva è l'approdo interpretativo, necessitato dalla normativa europea trasposta in quella domestica, secondo il quale il rischio aggiuntivo di essere assente dal lavoro per malattia di un lavoratore disabile deve essere tenuto in conto nell'assetto dei rispettivi diritti e obblighi in materia, con la conseguenza che la sua obliterazione in concreto, mediante applicazione del periodo di comporta breve come per i lavoratori non disabili, costituisce condotta datoriale indirettamente discriminatoria e perciò vietata.
23. Questo non significa che un limite massimo in termini di giorni di assenza per malattia del lavoratore disabile non possa o non debba essere fissato. Una simile scelta discrezionale del legislatore o delle



parti sociali per quanto di competenza, anche ai fini di combattere fenomeni di assenteismo per eccessiva morbilità, può integrare, come ricordato nelle sentenze della CGUE citate, una finalità legittima di politica occupazionale, ed in tale senso oggettivamente giustificare determinati criteri o prassi in materia. Tuttavia, 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 comporta breve in una prassi discriminatoria nei confronti del particolare gruppo sociale protetto in quanto in posizione di particolare svantaggio.

24. Non si pone, quindi, una questione di mancato bilanciamento con la finalità di contrasto dell'eccessiva morbilità dannosa per le imprese: nella misura in cui la previsione del comporta breve viene applicata ai lavoratori disabili e non, senza prendere in considerazione la maggiore vulnerabilità relativa dei lavoratori disabili ai fini del superamento del periodo di tempo rilevante, la loro posizione di svantaggio rimane tutelata in maniera recessiva.
25. La necessaria considerazione dell'interesse protetto dei lavoratori disabili, in bilanciamento con legittima finalità di politica occupazionale, postula, invece, 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), secondo una prospettiva che non risulta percorsa in concreto nel caso in esame.
26. Il secondo motivo risulta parimenti non meritevole di accoglimento.
27. Esso involge in parte accertamenti di fatto, non sindacabili in sede di legittimità in quanto congruamente e logicamente motivati, in relazione agli elementi di prova, come raccolti dal Tribunale, la cui



motivazione *in parte qua* è stata ripresa nella sentenza di secondo grado, ed anche presuntivi, relativi alla condizione di disabilità conosciuta dal datore di lavoro dell'odierno controricorrente.

28. Quanto al profilo dell'onere della prova, la Corte di merito si è conformata all'orientamento di questa Corte, consolidato ed al quale si intende anche in questa sede dare continuità, secondo cui, in tema di licenziamento discriminatorio, in forza dell'attenuazione del regime probatorio ordinario introdotta per effetto del recepimento delle direttive n. 2000/78/CE, n. 2006/54/CE e n. 2000/43/CE, così come interpretate dalla CGUE, incombe sul lavoratore l'onere di allegare e dimostrare il fattore di rischio e il trattamento che assume come meno favorevole rispetto a quello riservato a soggetti in condizioni analoghe, deducendo al contempo una correlazione significativa tra questi elementi, mentre il datore di lavoro deve dedurre e provare circostanze inequivoche, idonee ad escludere, per precisione, gravità e concordanza di significato, la natura discriminatoria della misura litigiosa (Cass. n. 23338/2018, in tema di recesso). Infatti, nei giudizi antidiscriminatori, i criteri di riparto dell'onere probatorio non seguono i canoni ordinari di cui all'art. 2729 c.c., bensì quelli speciali di cui all'art. 4 del d.lgs. 216 del 2003, che non stabiliscono tanto un'inversione dell'onere probatorio, quanto, piuttosto, un'agevolazione del regime probatorio in favore del ricorrente, prevedendo una "presunzione" di discriminazione indiretta per l'ipotesi in cui abbia difficoltà a dimostrare l'esistenza degli atti discriminatori; ne consegue che il lavoratore deve provare il fattore di rischio, e cioè il trattamento che assume come meno favorevole rispetto a quello riservato a soggetti in condizioni analoghe e non portatori del fattore di rischio, ed il datore di lavoro le circostanze inequivoche, idonee a escludere, per precisione, gravità e concordanza di significato, la natura discriminatoria della condotta (Cass. n. 1/2020; cfr. anche, in tema di discriminazione indiretta nei confronti di persone con disabilità, Cass. n. 9870/2022).



29. La discriminazione opera in modo oggettivo ed è irrilevante l'intento soggettivo dell'autore. Non è dunque decisivo (a parte i profili di prova della conoscenza della situazione di disabilità del lavoratore di cui ai paragrafi che precedono) l'assunto di parte ricorrente di non essere stata messa a conoscenza del motivo delle assenze del lavoratore, perché i certificati medici delle assenze inoltrati al datore di lavoro non indicavano la specifica malattia a causa dell'assenza. Va, invero, confermato che la discriminazione – diversamente dal motivo illecito – opera obiettivamente, ovvero in ragione del mero rilievo del trattamento peggiore riservato al lavoratore, quale effetto della sua appartenenza alla categoria protetta, ed a prescindere dalla volontà illecita del datore di lavoro (Cass. n. 6575/2016).
30. Il ricorso deve essere quindi complessivamente rigettato.
31. Le spese del presente giudizio, liquidate come da dispositivo, seguono la soccombenza. Ricorrono i presupposti processuali per il raddoppio del contributo unificato, ove dovuto.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso.

Condanna parte ricorrente alla rifusione delle spese del presente giudizio, che liquida in € 5.500 per compensi, € 200 per esborsi, spese generali al 15%, accessori di legge.

Ai sensi dell'art. 13 comma 1-*quater* del d.P.R. n. 115 del 2002, dà atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte della ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello previsto per il ricorso, a norma del comma 1 *bis* dello stesso art. 13, se dovuto.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 31 gennaio 2023.

IL CONSIGLIERE ESTENSORE

dott. Gualtiero MICHELINI

IL PRESIDENTE

dott. Guido RAIMONDI





REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

La Corte d'Appello di Brescia, Sezione Lavoro, composta dai
Sigg.:

Dott. Antonio MATANO Presidente

Dott.ssa Giuseppina FINAZZI Consigliere rel.

Dott.ssa Silvia MOSSI Consigliere

ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

nella causa civile promossa in grado d'appello con ricorso depositato
in Cancelleria il giorno 22/10/2021, iscritta al n. **261/2021 R.G.**
Sezione Lavoro e **posta in discussione all'udienza collegiale del**
23/06/2022

d a

ZANOTTI S.P.A. in persona del l.r.p.t., rappresentata e difesa dagli
avv.ti Michele Bignami e Matteo Leardini del foro di Milano,
domiciliatari giusta delega in atti.

RICORRENTE RECLAMANTE

c o n t r o

JORA EDMOND, rappresentato e difeso dall'avv. Arturo Strullato
del foro di Mantova, domiciliatario giusta delega in atti.

RESISTENTE RECLAMATO

In punto: reclamo a sentenza n. 126 del 2021 del Tribunale di
Mantova.

Conclusioni:

OGGETTO:

Reclamo ex art. 1 co. 58
L. 92/12

Della ricorrente reclamante:

Come da ricorso

Del resistente reclamato:

Come da memoria

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con ricorso ai sensi dell'art.1, commi 48 e ss., della legge n.92/2012, avanti al Tribunale di Mantova, in funzione di giudice del lavoro, Jora Edmond ha impugnato il licenziamento per superamento del periodo di comporto a lui intimato dalla datrice di lavoro, Zanotti s.p.a., con comunicazione del 19 marzo 2021, sostenendone la nullità perché discriminatorio e/o l'illegittimità e chiedendo l'applicazione, in via principale, della tutela reintegratoria e risarcitoria di cui ai commi 1 e 2 dell'art.18, post novella della l.92/2012, e, in via subordinata, la tutela minore di cui agli altri commi.

Con ordinanza n.1035/2021, del 2 luglio 2021, il Tribunale, conclusa la fase sommaria, ha accolto il ricorso ed ha dichiarato la nullità del licenziamento in quanto discriminatorio, condannando la società convenuta, ai sensi dell'art.18, commi 1 e 2, Stat.Lav., a reintegrare il ricorrente nel posto di lavoro e a corrispondergli un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento a quello dell'effettiva reintegrazione, oltre interessi legali e rivalutazione monetaria e oltre contributi previdenziali ed assistenziali, compensando tra le parti le spese di lite.

Avverso questo provvedimento la società ha proposto opposizione ex art.1, comma 58, della legge cit. e ne ha chiesto l'integrale riforma, insistendo per il rigetto delle domande proposte dallo Jora.

All'esito del relativo giudizio, il Tribunale, con la sentenza qui reclamata n.126/2021, pubblicata in data 22 settembre 2021, ha respinto l'opposizione, compensando le spese di lite.

Il Tribunale, dopo aver rilevato che il licenziamento era stato intimato per aver il lavoratore accumulato n.375 giorni di malattia, dal 18 aprile 2018 al 19 marzo 2021, così superando il periodo di comporto previsto dal CCNL Metalmeccanici Industria applicato al rapporto di lavoro, ha osservato che il lavoratore, colpito nel dicembre 2020 da una grave patologia tumorale, era stato riconosciuto invalido nella misura dell'80%, con decorrenza dalla data della domanda amministrativa del 9 dicembre 2020, ed era stato anche ritenuto affetto da handicap grave ai sensi dell'art.3, comma 3, della l.104/1992.

Ha altresì osservato che dei 375 giorni di malattia alla base del licenziamento, 61 giorni, compresi tra l'8 gennaio 2021 e il 19 marzo 2021, erano certamente riconducibili alla patologia neoplastica invalidante.

A fronte di questo quadro e del fatto che il CCNL nulla prevedesse nel caso di assenze per malattia del disabile da ricollegarsi al suo stato di handicap, ha ritenuto che questo vuoto

e la conseguente parificazione dei lavoratori disabili e quelli non disabili ai fini della durata del contratto, integrasse una discriminazione indiretta ed oggettiva dei lavoratori portatori di handicap.

In tema ha richiamato, da un lato, i principi della Direttiva 2000/78/CE sulla parità di trattamento in materia di occupazione e condizioni di lavoro e, per quel che qui rileva, di messa a punto di misure per tener conto dei bisogni dei disabili sul luogo di lavoro anche per combattere la discriminazione basata sull'handicap, e, dall'altro lato, l'interpretazione della direttiva fornita dalla Corte UE che, nella sentenza dell'11 aprile 2013, vagliando una legge di diritto danese che prevedeva un periodo di contratto di 120 giorni per tutti i lavoratori, aveva ritenuto che la legge fosse idonea a creare una disparità di trattamento indirettamente basata sull'handicap, non tenendo conto che un lavoratore disabile, rispetto ad un lavoratore non disabile, corre un rischio maggiore di accumulare giorni di assenza per malattia, proprio a causa della sua disabilità, e quindi di raggiungere il suddetto limite più facilmente, con evidente svantaggio dello stesso.

Ha altresì richiamato la sentenza della Corte di Giustizia del 18 gennaio 2018, nella causa C-270/2016, che interpretando la medesima direttiva, ha affermato che l'art.2, paragrafo 2 lett.b, osta ad una normativa nazionale che consenta al datore di lavoro di licenziare un lavoratore in ragione di assenze intermittenti dal

lavoro, sebbene giustificate, laddove tali assenze siano imputabili alla disabilità di cui soffre il lavoratore, salvo che tale normativa si prefigga di perseguire un obiettivo legittimo e non vada oltre quest'ultimo.

Sotto diverso profilo, ha rilevato, sempre richiamando la giurisprudenza della Corte UE, che la nozione di handicap ai sensi della citata direttiva 2000/78, deve essere intesa come riguardante una limitazione di capacità derivante da durature menomazioni fisiche, mentali o psichiche, che possano ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale, su un piano di uguaglianza con gli altri lavoratori, non essendo tra l'altro la nozione di handicap assimilabile a quella di malattia, proprio perché si fonda su una limitazione di lunga durata, che ha l'attitudine ad incidere od ostacolare la vita professionale per un lungo periodo.

Dopo aver ricordato che il licenziamento discriminatorio è una fattispecie a sé stante, non sovrapponibile a quella del licenziamento ritorsivo (non essendo la discriminatorietà esclusa dalla sussistenza di un'altra legittima ragione posta alla base del recesso, diversamente dalla fattispecie ritorsiva che postula una condotta atipica con riferimento alla quale occorre ricercare il motivo illecito determinante), e che con riferimento al licenziamento discriminatorio vige un regime probatorio alleggerito, ha ritenuto, richiamando recente giurisprudenza di merito, che la previsione per un lavoratore disabile e per un

lavoratore non disabile del medesimo periodo di comportamento, costituisca discriminazione indiretta, attesa la necessità di differenziare la tutela da adeguare alla situazione particolare (c.d. fattore di rischio) in cui versano i lavoratori disabili.

Da questa considerazione ha tratto l'ulteriore conseguenza che il datore di lavoro, al fine di evitare detta discriminazione indiretta in caso di licenziamento per superamento del periodo di comportamento, è obbligato ad adottare misure adeguate, per ovviare agli svantaggi provocati da previsioni di detto tipo, come ad esempio sottrarre dal calcolo del comportamento i giorni di malattia ascrivibili all'handicap o individuare un ulteriore giustificato motivo di licenziamento.

Applicando questi principi al caso del ricorrente, riconosciuto invalido e portatore di handicap grave, ha ritenuto di ravvisare nella fattispecie un'ipotesi di discriminazione indiretta, essendo previsto dal CCNL il medesimo periodo di comportamento per i lavoratori disabili e per i lavoratori non disabili, e non avendo la società convenuta assunto comportamenti idonei ad evitare la discriminazione indiretta, essendosi la stessa limitata ad applicare le previsioni del CCNL e di conseguenza a licenziare il dipendente per superamento di detto periodo di comportamento, pur dovendo imputarsi alcuni giorni di malattia alla disabilità del lavoratore.

Ciò a prescindere dal fatto che la società avesse avuto conoscenza dello stato di disabilità dello Jora, atteso il carattere

imperativo del principio comunitario di parità di trattamento che si realizza soltanto quando è assente qualsiasi tipo di discriminazione, diretta o indiretta, dovendo essere eliminato l'effetto di una discriminazione anche indiretta, indipendentemente dall'applicazione di una norma di diritto o negoziale, ovvero di una prassi, apparentemente neutre, laddove dalle stesse ridondi un trattamento deteriore per il portatore di handicap.

Il Tribunale ha quindi dichiarato la nullità del licenziamento, realizzando lo stesso una discriminazione fondata sullo stato di disabile del lavoratore, ed ha applicato la tutela piena di cui all'art.18, commi 1 e 2, stat.lav., determinando la retribuzione globale di fatto cui rapportare l'indennità risarcitoria spettante al lavoratore ai sensi del comma 2, dalla data del licenziamento alla effettiva reintegrazione, nella somma mensile di € 2.451,26.

Contro questa sentenza, la Zanotti s.p.a. ha proposto reclamo, ai sensi dell'art.1, comma 58, della cit.legge 92/2012, impugnando la decisione sia con riferimento al capo che aveva negato rilevanza, non ammettendo neppure la relativa prova, alla circostanza allegata di non aver mai avuto conoscenza dello stato di disabile del dipendente; sia laddove aveva ommesso di considerare che lo Jora non aveva mai dedotto la nullità del CCNL applicato da essa società; sia laddove aveva ritenuto ricorrere nella specie una discriminazione indiretta; sia infine

con riferimento al capo che aveva quantificato la retribuzione globale di fatto nell'importo di € 2.451,26, anziché in quello inferiore di € 1.918,61.

Ha concluso per riforma della decisione, con rigetto delle domande proposte dal lavoratore.

Fissata l'udienza di discussione, è stato concesso alla società un nuovo termine per la notifica del gravame, posto che quella effettuata (tardivamente) non aveva rispettato i termini a comparire di cui all'art.435 c.p.c., in violazione del diritto difesa della controparte.

Jora Edmond si è costituito tempestivamente in giudizio ed ha resistito al reclamo, chiedendone il rigetto e, in via preliminare, ne ha eccepito l'inammissibilità per tardività.

L'udienza di discussione si è svolta mediante scambio e deposito telematico di note scritte ai sensi dell'art.221, comma 4, del D.L. 34/2020, conv. in L.77/2020, e successive modifiche ed integrazioni, in materia di emergenza epidemiologica da COVID-19, e all'esito della camera di consiglio, la causa è stata decisa come da dispositivo comunicato alle parti.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Il reclamo merita accoglimento soltanto per quanto attiene alla quantificazione della retribuzione globale di fatto cui rapportare l'indennità risarcitoria spettante al lavoratore, e per il resto va respinto.

In via preliminare, deve rilevarsi l'infondatezza

dell'eccezione di inammissibilità dell'impugnazione, sollevata dal reclamato sotto il profilo della sua tardività, per il mancato rispetto del termine di 30 giorni dalla comunicazione della sentenza, stabilito dall'art.1, comma 58, della l.92/2012.

Basti al riguardo rilevare che la sentenza è stata comunicata alle parti il 23 settembre 2021, con conseguente scadenza del termine in questione il 23 ottobre 2021, e l'odierno reclamo è stato depositato, in via telematica, del tutto tempestivamente, in data 22 ottobre 2021, anche se il deposito è stato lavorato dalla cancelleria, con iscrizione a ruolo della causa, soltanto il successivo 25 ottobre 2021.

In ogni caso, anche a voler considerare quest'ultima quale valida data di deposito, come deduce il reclamato, la data di scadenza del termine in questione (23 ottobre 2021) cadeva di sabato, per cui, ai sensi dell'art.155, commi 4 e 5, c.p.c., la scadenza del termine si è automaticamente prorogata di diritto a lunedì 25 ottobre 2021, primo giorno seguente non festivo.

Ne deriva che l'impugnazione deve ritenersi tempestiva.

.....

Passando al merito, giova premettere, preliminarmente, il quadro dei fatti che qui rilevano (che sono pacifici o documentali).

Lo Jora è stato assunto alle dipendenze della società reclamante, che opera nel campo delle macchine per refrigerazione, in data 5 marzo 2007, con inquadramento nel 3°

livello del CCNL Metalmeccanici Industria e, da ultimo, con mansioni di addetto all'imballo.

Nel periodo compreso tra il 18 aprile 2018 e il 19 marzo 2021, ha totalizzato 375 giorni di malattia, con assenze intermittenti.

Con lettera del 19 marzo 2021, la Zanotti gli ha intimato il licenziamento per superamento del periodo di comportamento previsto dal CCNL applicato al rapporto di lavoro (Metalmeccanici Industria), e pari a 365 giorni nei tre anni anteriori all'ultimo evento morboso prima del licenziamento.

Lo Jora, affetto da una grave patologia tumorale (tumore al colon retto, diagnosticatogli nel dicembre 2020), in data 9 dicembre 2020, aveva presentato domanda sia per il riconoscimento dell'invalidità civile, sia per l'accertamento dello status di handicap grave, e con provvedimenti in pari data, del 14 aprile 2021, le competenti commissioni mediche hanno riconosciuto allo Jora, anche per la suddetta patologia, un'invalidità permanente nella misura dell'80% e lo status di handicap grave ai sensi dell'art.3, comma 3, della l.104/1992, con decorrenza dalla domanda amministrativa del 9 dicembre 2020 e con assoggettamento a revisione, per quanto attiene all'invalidità, nell'aprile 2022 (cfr.docc.13 e 14 fasc.1° grado lavoratore).

E' incontestato in causa che l'assenza per malattia dello Jora dall'8 gennaio 2021 al 19 marzo 2021 (data del

licenziamento) e pari a 61 giorni, sia imputabile alla patologia neoplastica invalidante.

Per quanto attiene infine al periodo di comporto disciplinato dal CCNL che regola il rapporto di lavoro intercorso tra le parti, è indubbio che la contrattazione collettiva nulla disponga in ordine alla durata del comporto nel caso di lavoratori disabili, prevedendo per tutti i lavoratori, indistintamente, periodi di conservazione del posto di lavoro di durata variabile in funzione dell'anzianità di servizio, sino ad un massimo di 365 giorni nel caso anzianità oltre i 6 anni (c.d comporto breve) e prevedendo un prolungamento dei suddetti periodi (c.d. comporto prolungato), al ricorrere di determinate ipotesi che non riguardano le malattia derivante dalla disabilità del lavoratore (evento morboso continuativo, con un interruzione non superiore a 61 giorni di calendario, due malattie comportanti, ciascuna, un'assenza continuativa pari o superiore a 91 giorni di calendario, malattia in corso alla scadenza del comporto breve, con prognosi pari o superiore a 91 giorni di calendario).

.....

Ciò premesso in fatto, la società reclamante si duole che il giudice di primo grado abbia ritenuto nullo, perché discriminatorio, il licenziamento intimato al dipendente.

I primi sei motivi riguardano questa questione e pertanto meritano una trattazione congiunta attesa la loro stretta connessione, involgendo aspetti differenti dello stesso problema.

Nello specifico, la Zanotti lamenta che il Tribunale non abbia considerato che il lavoratore, per mantenere il diritto alla conservazione del posto di lavoro una volta superato il periodo di comporto, disponesse di un apposito istituto previsto dal CCNL proprio con riferimento a patologie gravi che richiedano terapie salvavita e che comportino una discontinuità nella prestazione lavorativa, come quella che aveva colpito lo Jora, ossia l'aspettativa non retribuita, e che il lavoratore non avesse mai presentato alcuna richiesta in tal senso (1° motivo).

Rileva ancora che il lavoratore non avrebbe avanzato alcuna domanda di nullità del CCNL, con la conseguenza che il Tribunale avrebbe pronunciato ultra petita, in violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato di cui all'art.112 c.p.c. (2° motivo).

Deduce che, diversamente da quanto opinato dal Tribunale, la circostanza che essa società non avesse mai avuto conoscenza dello stato di salute dal lavoratore (circostanza questa che aveva costituito oggetto delle rituali istanze istruttorie avanzate in sede di costituzione in giudizio e non ammesse dal giudicante) sarebbe rilevante perché escluderebbe qualsiasi discriminazione indiretta ad essa imputabile, non essendo nelle condizioni di potere adottare comportamenti idonei ad evitare l'ipotetica discriminazione (motivi 3 e 4).

Ed ancora, osserva che la condotta tenuta dal lavoratore che avrebbe omesso qualsiasi comunicazione circa il proprio

stato di salute e non avrebbe neppure attivato istituti contrattuali, quali l'aspettativa, idonei a impedire l'effetto del superamento del periodo, integrerebbe una mancata cooperazione del lavoratore utile ad escludere la lamentata mancanza di tutela (motivo 5).

Oppone infine che il Tribunale si sarebbe discostato da quell'orientamento giurisprudenziale (di legittimità e di merito) che esclude che la mera previsione di un periodo di comportamento identico per lavoratori disabili e lavoratori non disabili integri una discriminazione, non essendo possibile configurare un intento discriminatorio nell'applicazione della relativa previsione del CCNL, potendo parlarsi di discriminazione soltanto quando si configuri un trattamento peggiore riservato al lavoratore quale effetto della sua appartenenza ad una categoria protetta, mentre nella fattispecie qualunque lavoratore, disabile e non, sarebbe stato licenziato nella medesima situazione.

In altri termini, non sarebbe discriminatorio applicare al lavoratore invalido lo stesso periodo di comportamento previsto per tutti i dipendenti e il superamento di questo periodo, essendo una ragione di licenziamento oggettiva di carattere generale, escluderebbe di per sé stessa l'ipotesi della discriminazione, anche in considerazione del fatto che qualsiasi altro lavoratore nella stessa situazione avrebbe ricevuto il medesimo trattamento (motivo 6).

Nessuno dei motivi può essere condiviso.

Quanto a quello riguardante la violazione del principio della corrispondenza tra il chiesto e pronunciato, è bene chiarire che il giudice di primo grado, in conformità alla domanda spiegata dal lavoratore, ha dichiarato la nullità del licenziamento per discriminatorietà e non la nullità del CCNL.

E' pur vero che per giungere a detta conclusione ha valutato la validità, sotto questo profilo, delle previsioni contrattuali in materia di comparto, essendosi la società datrice di lavoro attenuta alle stesse, come opposto dalla medesima società a propria difesa, ma lo ha fatto con una valutazione meramente incidentale e per ricostruire un'ipotesi discriminatoria cui la società convenuta avrebbe dovuto far fronte autonomamente, indipendentemente dalle previsioni del CCNL, in quanto ha rilevato che l'accertata discriminazione, essendo indiretta e operando obiettivamente, deriva dalla sussistenza della situazione concreta che l'ha integrata, a prescindere dall'intenzione di colui che ha realizzato detta situazione.

Inoltre, deve pure anticiparsi, come si dirà meglio più avanti, che nella specie si è in presenza non tanto di previsioni nulle del CCNL di settore, quanto di un vuoto normativo della contrattazione collettiva che non disciplina ad hoc il comparto con riferimento ai lavoratori disabili.

Con la conseguenza che è l'applicazione al ricorrente, lavoratore disabile, ad opera della Zanotti, della previsione del

CCNL sul comports che vale per i lavoratori non disabili, che realizza una discriminazione indiretta, tale da provocare la nullità del licenziamento fondato su detta previsione contrattuale, e non invece la previsione contrattuale di per sé stessa, come puntualmente dedotto dal ricorrente già nel ricorso introduttivo della fase sommaria.

Non vi è stata dunque alcuna pronuncia ultra petita del Tribunale.

Ciò detto, occorre a questo punto entrare nel vivo della questione controversa e verificare se il licenziamento dello Jora per superamento del comports applicato dalla Zanotti, realizzi in effetti una discriminazione indiretta, come accertato dal giudice di primo grado.

Il fatto che lo Jora abbia superato il numero di giorni di malattia rispetto al limite massimo previsto dalla contrattazione collettiva è pacifico in giudizio.

Semmai, il lavoratore sostiene che una parte di questi giorni di malattia non siano computabili ai fini del superamento del suddetto limite, in quanto da ricollegarsi alle patologie che lo rendono invalido e portatore di handicap grave, perché diversamente, il lavoratore disabile risulterebbe svantaggiato rispetto ad un lavoratore normodotato.

Si tratta nello specifico di 61 giorni, accumulati dall'8 gennaio 2021 al 19 marzo 2021 (anche questo dato è incontestato).

Occorre quindi stabilire se costituisca discriminazione indiretta ai sensi dell'art.2, lett.b, del d.lgs. 216 del 2003, adottato in attuazione della direttiva 2000/78/CE, riguardante la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, l'applicazione di un trattamento indifferenziato tra i lavoratori abili e disabili che si assentano dal lavoro per malattie collegate al loro stato di disabilità.

La suddetta normativa, nella versione applicabile *ratione temporis*, prevede che *“ai fini del presente decreto e salvo quanto disposto dall'articolo 3, commi da 3 a 6, per principio di parità di trattamento si intende l'assenza di qualsiasi discriminazione diretta o indiretta a causa della religione, delle convinzioni personali, degli handicap, dell'età o dell'orientamento sessuale”*.

Aggiunge che *“tale principio comporta che non sia praticata alcuna discriminazione diretta o indiretta, così come di seguito definite:*

a) discriminazione diretta quando, per religione, per convinzioni personali, per handicap, per età o per orientamento sessuale, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga;

b) discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri possono mettere le persone che

professano una determinata religione o ideologia di altra natura, le persone portatrici di handicap, le persone di una particolare età o di un orientamento sessuale in una situazione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone”.

Mentre nel caso della discriminazione diretta è la condotta o il comportamento tenuto che determina la disparità di trattamento, in quanto attribuisce direttamente alla persona che appartiene alla categoria a rischio e per il fattore di rischio individuato dalla legge (nelle specie lo status di handicap), un trattamento meno favorevole rispetto a quello che è applicato o sarebbe applicato ad una altra persona in una situazione analoga, nel caso della discriminazione indiretta, la disparità vietata è l'effetto di una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento *apparentemente neutri* e di per sé non illegittimi o addirittura in astratto corretti, ma che applicati alla persona appartenente alla categoria a rischio, finiscono per svantaggiarla rispetto alle altre persone.

Nel caso in esame, la disposizione e l'atto “apparentemente” neutri che in astratto realizzerebbero la discriminazione indiretta, sono legati alla disciplina del comparto e, nello specifico, da un lato, alle previsioni del CCNL (che, come visto, non differenzia l'istituto a seconda che si tratti di lavoratore disabile o non disabile), e, dall'altro lato, alla condotta della Zanotti che, adeguandosi al CCNL, ha licenziato lo Jora per il superamento del limite massimo previsto dalla

contrattazione collettiva per i lavoratori non disabili.

Come detto, il riportato art.2 del d.lgs. 216 del 2003 è la trasposizione di quanto previsto dalla direttiva UE 2000/78, di cui è attuazione e in particolare dell'art.2, paragrafo 2, lett.b, per cui, ai fini della sua applicazione al caso che qui ci occupa, è certamente utile, e vincolante, l'interpretazione che ne ha dato la Corte di Giustizia.

La Corte si è trovata a valutare una vicenda simile a quella di specie nella sentenza del 18 gennaio 2018 (C.270/2016), richiamata anche dal giudice di primo grado.

Il giudice nazionale spagnolo aveva sollevato un problema di contrasto con la direttiva UE in parola della norma contenuta nello Statuto dei lavoratori che era stata introdotta per combattere l'eccessivo assenteismo e che prevedeva, in maniera generalizzata e senza alcuna eccezione nel caso di assenze per malattia del disabile connesse al proprio status, la facoltà del datore di lavoro di licenziare il lavoratore che avesse accumulato un certo numero di assenze intermittenti dal lavoro, seppur giustificate.

Secondo il giudice del rinvio i lavoratori con disabilità sarebbero stati più esposti degli altri lavoratori al rischio di essere licenziati per malattie intermittenti, indipendentemente dal fatto che il datore di lavoro fosse o meno a conoscenza della condizione di disabilità, realizzandosi una situazione di discriminazione indiretta fondata sulla disabilità, ai sensi

dell'art.2, paragrafo 2, lett.b) della direttiva 2000/78, senza che tale disparità di trattamento potesse essere oggettivamente giustificata da una finalità legittima, come richiesto dal punto i) di detta disposizione.

La Corte di Giustizia, in primo luogo, ha precisato che, come emerge dal suo articolo 1, la direttiva 2000/78 mira a stabilire un quadro generale per la lotta, in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, alle discriminazioni fondate su uno dei motivi menzionati in tale articolo, tra i quali compare la disabilità.

Ha aggiunto che conformemente al suo articolo 3, paragrafo 1, lettera c), tale direttiva si applica, nei limiti dei poteri conferiti all'Unione europea, a tutte le persone, sia del settore pubblico che del settore privato, per quanto attiene, in particolare, alle condizioni di licenziamento.

In secondo luogo, sempre in via preliminare, ha rilevato che spetta al giudice nazionale verificare se ci si trovi di fronte ad un lavoratore disabile nell'accezione di handicap prevista dalla direttiva 2000/78, non necessariamente coincidente con quanto stabilito dai singoli Stati membri.

In proposito, giova ricordare che la nozione di handicap, più volte predicata dalla medesima Corte di Giustizia e fatta propria anche dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione (cfr.Cass.23338/2018, Cass.6786/2018 e Cass.17867/2016), è riferita alla *“limitazione risultante in particolare da*

menomazioni fisiche, mentali o psichiche durature che, in interazione con barriere di diversa natura, può ostacolare la piena ed effettiva partecipazione dell'interessato alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori" (cfr, in tal senso, sentenza del 9 marzo 2017, C.406/15).

Il reclamato versa certamente in questa situazione essendo stato dichiarato, con decorrenza dal dicembre 2020, affetto da handicap grave ai sensi dell'art.3 della l.104/1992, che, al comma 1, definisce "*persona handicappata colui che presenta una minorazione fisica, psichica o sensoriale, stabilizzata o progressiva, che è causa di difficoltà di apprendimento, di relazione o di integrazione lavorativa ...*", e essendosi fondato il relativo accertamento anche sulla grave patologia tumorale e invalidante che lo ha colpito nello stesso dicembre 2020 e che lo ha costretto a numerose assenze per malattia, essendosi dovuto sottoporre a cure chemioterapiche ed avendo avuto varie complicanze.

Fatte le premesse che precedono, facendo proprio il principio per cui un lavoratore disabile si trova ad essere, in via generale, maggiormente esposto al rischio di ammalarsi per le patologie che lo rendono disabile rispetto ad un lavoratore non disabile, la Corte di Giustizia ha poi ritenuto che trattando in modo generalizzato le assenze intermittenti dal lavoro di tutti i dipendenti, si crea una disparità di trattamento sostanziale e si finisce per assimilare una patologia legata ad una disabilità alla

nozione generale di malattia, assimilazione questa non consentita in numerose pronunce della Corte medesima.

A tal proposito ha constatato che un lavoratore disabile è, in linea di principio, maggiormente esposto al rischio di vedersi applicata la norma censurata dello Statuto dei lavoratori spagnolo rispetto a un lavoratore non disabile. Infatti, rispetto a un lavoratore non disabile, un lavoratore disabile è esposto al rischio ulteriore di assenze dovute a una malattia collegata alla sua disabilità. Egli è quindi soggetto a un maggiore rischio di accumulare giorni di assenza per malattia e, quindi, di raggiungere i limiti previsti dalla normativa in materia di comparto e nella specie dalla norma dello Statuto dei lavoratori spagnolo. Con la conseguenza che questa norma è stata ritenuta idonea a svantaggiare i lavoratori disabili e, quindi, a comportare una disparità di trattamento indirettamente basata sulla disabilità ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera b), della direttiva 2000/78.

Raggiunta questa conclusione si è posto il problema di verificare, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, lett.b, punto i), della direttiva 2000/78, se la disparità di trattamento tra i lavoratori disabili e i lavoratori non disabili risultante dalla norma dello Statuto dei lavoratori spagnolo fosse oggettivamente giustificata da una finalità legittima, se i mezzi impiegati per il suo conseguimento fossero appropriati e se essi non andassero oltre quanto necessario per raggiungere l'obiettivo perseguito dal

legislatore spagnolo (di limitare l'eccessivo assenteismo sul lavoro).

La Corte ha ritenuto che questa verifica dovesse essere svolta dal giudice del rinvio, precisando che la lotta all'assenteismo sul lavoro può essere riconosciuta come finalità legittima, dal momento che costituisce una misura di politica occupazionale, ma che occorre tuttavia verificare se i mezzi utilizzati dalla normativa nazionale per il perseguimento di tale obiettivo siano adeguati e non vadano al di là di quanto è necessario per raggiungerlo.

Ha così affermato che art. 2 paragrafo 2, lett. b) punto i) della direttiva 2000/78/CE, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, dove essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale in base alla quale un datore di lavoro può licenziare un lavoratore in ragione di assenze intermittenti dal lavoro, sebbene giustificate, nella situazione in cui tali assenze sono dovute a malattie imputabili alla disabilità di cui soffre il lavoratore, tranne se tale normativa, nel perseguire l'obiettivo legittimo di lottare contro l'assenteismo, non va al di là di quanto necessario per raggiungere tale obiettivo, circostanza che spettava al giudice del rinvio valutare.

I criteri guida che si ricavano da questa pronuncia e che devono orientare per la decisione del caso oggetto di giudizio sono pertanto i seguenti: previsioni normative (e, deve

aggiungersi, secondo il concetto di discriminazione indiretta introdotto dalla medesima direttiva in parola, anche patti, prassi o comportamenti) che non differenzino la tutela dei lavoratori disabili per quanto attiene al superamento del periodo, possono realizzare una situazione di discriminazione indiretta del lavoratore disabile, vietata dalla direttiva; il giudice nazionale deve verificare se la disparità di trattamento creatasi tra lavoratori disabili e lavoratori normodotati sia oggettivamente giustificata da una finalità legittima, se i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e se essi non vadano oltre quanto necessario per raggiungere l'obiettivo perseguito.

Traslando questi principi in fattispecie del tipo di quella per cui è causa, è anzitutto pacifico che quando la contrattazione collettiva e la condotta del datore di lavoro che la applica al singolo lavoratore disabile, non operi alcuna distinzione tra lavoratori disabili e lavoratori non disabili per quanto attiene al periodo di conservazione del posto di lavoro in caso di malattia intermittente, siano in tesi idonee a realizzare una situazione di disparità di trattamento a svantaggio dei lavoratori disabili, avendo questi più probabilità di ammalarsi a causa delle patologie invalidanti e quindi di superare il periodo massimo del periodo.

Per quanto riguarda invece la sussistenza di una finalità legittima che possa giustificare detta disparità di trattamento, è indubbio, come anche rilevato da condivisibile giurisprudenza di

merito (cfr. Corte Appello Genova, sent. 211 del 21 luglio 2021), che l'obiettivo di siffatta contrattazione collettiva e più in generale della disciplina contrattuale in materia di comportamento (e anche del comportamento del datore di lavoro che la applica), sia quello di tutelare la produttività dell'impresa e l'efficienza del lavoro, esigenze che sono fortemente minate da un'eccessiva morbilità dei lavoratori, il cui costo, non soltanto economico, ma anche e soprattutto in termini organizzativi, può diventare insostenibile, dovendo il datore di lavoro ogni volta far fronte alle assenze del dipendente, con misure idonee a supplirle, con tutte le connesse difficoltà quando queste assenze non sono continuative, ma intermittenti.

Si tratta di finalità che sono certamente legittime e che sono sottese, accanto a quelle di tutela del lavoratore, allo stesso art. 2110 c.c. che, al comma 2, stabilisce il diritto del datore di lavoro di recedere dal rapporto di lavoro ai sensi dell'art. 2118 c.c., nel caso di malattia del lavoratore, decorso il periodo stabilito dalla legge, dagli usi e secondo equità.

Senonché, l'accertamento di detta legittimità delle finalità perseguite ancora non basta a giustificare la disparità di trattamento dei lavoratori disabili, dovendo verificarsi, come sancito dalla Corte di Giustizia, se la disciplina pattizia e il comportamento del datore di lavoro che vi si adegua, nel perseguire dette finalità non vadano al di là di quanto necessario per raggiungerle, tenendo conto del contrapposto interesse al

lavoro dei lavoratori disabili che incontrano maggiori difficoltà rispetto agli lavoratori non disabili a reinserirsi nel mercato del lavoro ed hanno esigenze specifiche connesse alla tutela richiesta dalla loro condizione.

Occorre quindi effettuare un ragionevole bilanciamento dei contrapposti interessi.

Al riguardo merita sottolineare che in via generale la contrattazione collettiva si è evoluta introducendo via via importanti differenziazioni per situazioni in cui il lavoratore venga colpito da gravi malattie, spesso croniche ed invalidanti (come appunto quelle oncologiche, o assimilabili, necessitanti di terapie salvavita) e con riferimento a queste situazioni la contrattazione collettiva ha previsto una disciplina ad hoc del comparto, di maggior tutela del lavoratore che ne è colpito, rispetto alla tutela prevista per le altre malattie che evolvono più rapidamente in una completa guarigione.

Il CCNL che regola il rapporto di lavoro intercorso tra le parti, ad esempio, prevede il c.d. comparto prolungato nel caso di un evento morboso continuativo con assenza ininterrotta o interrotta una volta soltanto, con ripresa dell'attività lavorativa per un periodo inferiore a 61 giorni; ovvero nel caso di due malattie che abbiano comportato un'assenza pari o superiore a 91 giorni, per ognuna; ovvero quando alla scadenza del comparto breve sia in corso una malattia con prognosi pari o superiore a 91 giorni.

Se così è, è evidente che le parti sociali, per tutelare situazioni di particolare gravità, hanno ritenuto di far prevalere le esigenze di salute del lavoratore su quelle organizzative e di efficienza del lavoro perseguite dall'imprenditore e alla base della disciplina ordinaria del comparto.

Con la conseguenza che a fronte di una situazione di discriminazione indiretta dei lavoratori disabili nella stessa materia del comparto, per come definita dalla direttiva comunitaria sopra richiamata, non vi sono ragioni obiettive per non includere nell'ambito di una disciplina ad hoc e speciale per quanto attiene alla durata del periodo di conservazione del posto di lavoro in caso di malattia, anche la situazione del lavoratore disabile che si assenti dal lavoro per malattie connesse al suo status, non essendovi ostacoli a che una sorta di disciplina derogatoria e speciale sia estesa anche a questa situazione, non meno meritevole di tutela delle altre situazioni speciali prese in considerazione dalla contrattazione collettiva.

Non sussistono dunque ragioni obiettive che giustifichino la disparità di trattamento di trattamento dei lavoratori disabili che si realizza applicando agli stessi la disciplina ordinaria del comparto che riguarda i lavoratori non disabili, includendo tra le malattie utili a perfezionare il limite massimo delle assenze per malattie intermittenti accumulate negli ultimi tre anni (limite oltre il quale il datore di lavoro può liberamente recedere dal rapporto di lavoro), anche le malattie connesse allo stato di

disabilità.

Concludendo in punto, deve ritenersi che diversamente da quanto dedotto dalla società reclamante e alla luce dei più recenti orientamenti della giurisprudenza di merito che, per come influenzati dalla altrettanto recente giurisprudenza unionale, hanno superato la precedente giurisprudenza invocata dalla Zanotti, la condotta di quest'ultima società consistita nell'applicazione delle previsioni del CCNL di settore in materia di comparto, senza prevedere un trattamento differenziato per i lavoratori disabili, con esclusione dalle malattie utili ai fini del comparto quelle connesse alle patologie da cui deriva la disabilità, abbia realizzato una discriminazione indiretta ai danni del lavoratore, con conseguente nullità del licenziamento a lui intimato per superamento del periodo di comparto.

In punto la sentenza non merita censure.

Raggiunto l'accertamento che precede, deve rilevarsi che la discriminazione indiretta opera obiettivamente, nel senso che prescinde dalla rilevanza degli stati soggettivi dell'autore della condotta discriminatoria e ciò, come è evidente, anche per consentirne un'efficace tutela e per rendere possibile al giudice l'accertamento del comportamento produttivo di un effetto discriminatorio, indipendentemente dall'indagine sulla ricorrenza o meno dell'elemento soggettivo della condotta (è facile intuire che se così non fosse, sarebbe assai difficile provare l'intenzionalità del datore di lavoro con riferimento alla

discriminazione indiretta, in quanto questa si realizza quando un atto o un comportamento, apparentemente neutro o addirittura in astratto legittimo o corretto, determina invece una situazione di disparità di trattamento sanzionata dall'ordinamento, se destinato ad un soggetto appartenente ad una categoria a rischio di discriminazione, e difficilmente con riferimento a questo tipo di atti o comportamenti, neutri o addirittura legittimi, può configurarsi un intento discriminatorio del datore di lavoro).

Non ha pertanto rilievo il fatto, sul quale la società reclamante ha molto insistito, che essa non fosse a conoscenza dello stato di disabilità del lavoratore e neppure delle patologie invalidanti che l'affliggevano, non essendo così in grado di verificare la riconducibilità alle stesse delle assenze dal lavoro, appunto perché, giova ripeterlo, la sussistenza della discriminazione indiretta, secondo la normativa nazionale e unionale, non richiede un comportamento datoriale intenzionalmente discriminatorio, ma sussiste, e rende invalido l'atto produttivo della relativa situazione, in ragione del mero rilievo del trattamento deteriore riservato al lavoratore quale effetto della sua appartenenza alla categoria protetta, e a prescindere dalla volontà illecita del datore di lavoro.

Peraltro, è bene osservare che l'art.5 della direttiva 2000/78 più volte citata, prevede che il datore di lavoro adotti soluzioni ragionevoli per i disabili proprio al fine di garantire il rispetto del principio di parità di trattamento, nel senso che deve

adottare provvedimenti appropriati, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, per consentire ai disabili di accedere ad un lavoro e, per quel che qui interessa, di svolgerlo; e l'art.3 comma 3 bis del d.lgs. 216 del 2003, come visto attuativo della suddetta direttiva, dispone a sua volta che *“al fine di garantire il rispetto del principio della parità di trattamento delle persone con disabilità, i datori di lavoro pubblici e privati sono tenuti ad adottare accomodamenti ragionevoli, come definiti dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, ratificata ai sensi della legge 3 marzo 2009, n. 18, nei luoghi di lavoro, per garantire alle persone con disabilità la piena eguaglianza con gli altri lavoratori. ...”*.

Dal che si ricava che il datore di lavoro, a prescindere da quanto previsto dalla contrattazione collettiva, è tenuto a considerare la situazione di svantaggio del lavoratore disabile, adottando soluzioni ragionevoli idonee ad evitare una discriminazione indiretta che produca l'effetto di estromettere il dipendente disabile dal lavoro a causa della sua disabilità, adottando, se del caso e nella consapevolezza del principio che la discriminazione indiretta opera obiettivamente, comportamenti collaborativi, quali, ad esempio, quello di avvisare il lavoratore assente per malattia da lungo tempo, pur in mancanza di obblighi di legge in tal senso, dell'avvicinarsi del superamento del periodo di comporta, magari invitandolo a far conoscere eventuali cause (quali la disabilità) che legittimino

l'allungamento del periodo di conservazione del posto di lavoro.

Comportamenti questi che la Zanotti non ha allegato di aver tenuto, avendo dedotto unicamente, da un lato, di non aver mai avuto conoscenza dello stato di disabilità dello Jora e delle patologie da cui questo deriva, e, dall'altro lato, di essersi limitata ad applicare il CCNL (di contro, la società ha ammesso che prima del licenziamento, vi fu un incontro con il sindacalista di fiducia del ricorrente per discutere della situazione dello stesso e questa ben avrebbe potuto essere la sede e l'occasione per verificare se il lavoratore versasse in una situazione particolare, idonea a giustificare una deroga alla normativa contrattuale sul comparto, a prescindere dalle informazioni spontaneamente fornite nel frangente dal sindacalista sullo stato di salute dello Jora).

E va detto per inciso che la "collaborazione" della società avrebbe dovuto precedere quella del lavoratore, essendo il licenziamento per superamento del periodo di comparto (e non condotte omissive del lavoratore) l'atto, neutro o in astratto legittimo, idoneo a realizzare la discriminazione indiretta dello Jora quale lavoratore disabile.

Infine, per quanto attiene alla possibilità del lavoratore di usufruire, alla scadenza del periodo di comparto, dell'istituto dell'aspettativa non retribuita, prevista dal CCNL per le assenze determinate da patologie gravi che richiedano terapie salvavita e che comportino una discontinuità nella prestazione lavorativa

anche se intervallate nel tempo, è sufficiente rilevare che detta possibilità non fa venir meno la discriminazione indiretta accertata nel caso di specie, sol che si consideri che l'istituto in esame, diversamente dal comparto, dà diritto al lavoratore alla conservazione del posto di lavoro per un periodo ulteriore rispetto al comparto, ma senza retribuzione.

Avendo il lavoratore diritto a non essere trattato in maniera sfavorevole a causa della propria disabilità, l'utilizzo di detto istituto avrebbe comunque avuto quale effetto quello di creare una situazione meno vantaggiosa per il lavoratore disabile rispetto a quella dei lavoratori normodotati, in quanto lo Jora si sarebbe visto costretto a ricorrere a detto istituto per conservare il posto di lavoro, rinunciando alle indennità previste per la malattia, laddove se non fosse stato indirettamente discriminato, avrebbe avuto diritto di conservare il posto di lavoro continuando a godere del trattamento economico previsto per la malattia, perché non considerando le malattie dipendenti dal suo stato di disabilità (in tal modo allineandosi la sua situazione alla situazione dei lavoratori non disabili), non avrebbe superato il comparto contrattuale.

Anche sotto questo profilo le difese della reclamante non possono essere accolte.

In definitiva, deve convenirsi con il giudice di primo grado quando afferma che *“appare irrilevante la conoscenza o la conoscibilità dello stato di handicap del lavoratore per il*

carattere imperativo del principio comunitario di parità di trattamento (art.1 della direttiva n.2000/78) il quale si realizza quando è assente qualsiasi discriminazione diretta o indiretta (art.2 della direttiva); pertanto a prescindere dalla conoscenza che il datore di lavoro abbia o meno dello stato di handicap, deve essere comunque eliminato l'effetto di una discriminazione anche indiretta indipendentemente dall'applicazione apparentemente neutra di una norma di diritto o negoziale o di una prassi laddove la stessa ridondi in un trattamento peggiore per il portatore di handicap".

Allo stesso modo, non merita censura l'accertamento della nullità del licenziamento ai sensi dell'art.18, commi 1 e 2, stat. lav., perché discriminatorio.

In tema il reclamo va respinto.

.....

Resta da analizzare l'ultimo motivo di gravame, con il quale la società reclamante deduce che la retribuzione globale di fatto da utilizzare quale parametro per la liquidazione dell'indennità di cui al comma 2 del cit.art.18, è stata erroneamente determinata dal giudice di primo grado.

Rileva che secondo i dati delle buste paga, la suddetta retribuzione mensile ammonterebbe alla somma di € 1.918,61 e non invece alla somma di € 2.451,26, calcolata dal giudice.

Il motivo è fondato.

Preliminarmente va rilevato che non vi è alcuna

preclusione all'esame della statuizione del giudice di primo grado in tema, per il fatto, opposto dal lavoratore, che la società proponendo opposizione ai sensi dell'art. 1, comma 51, l. n. 92 del 2012, non abbia introdotto la relativa questione, essendosi così formato il giudicato su questa parte dell'ordinanza sommaria.

In verità, anche a voler prescindere dalla considerazione che la società in sede di opposizione ha contestato radicalmente, e a monte, la debenza dell'indennità risarcitoria liquidata dal giudice di primo grado (difendendo la legittimità del licenziamento), non sussiste nella specie la prospettata formazione di un giudicato, che, come noto, presuppone un atteggiamento di acquiescenza a fronte della possibilità di esperire un rimedio impugnatorio avverso un provvedimento giudiziale idoneo all'acquisizione di un tale carattere.

Ed invero, l'ordinanza sommaria conclusiva della fase sommaria del giudizio di primo grado non ha una tale idoneità, salvo che in caso di omessa opposizione (Cass. s.u. 18 settembre 2014, n. 19674), posto che nel c.d. "rito Fornero" il giudizio di primo grado è unico a composizione bifasica: con una prima fase ad istruttoria sommaria, diretta ad assicurare una più rapida tutela al lavoratore ed una seconda, a cognizione piena, che non costituisce un grado diverso rispetto al giudizio a cognizione sommaria e che non è una *revisio prioris instantiae*, ma solo una prosecuzione del giudizio di primo grado in forma ordinaria e

non più urgente (cfr.Cass.21720/2018). Ne deriva che il rigetto dell'opposizione comporta l'automatica traslazione della decisione sommaria nella sentenza che conclude la fase di cognizione, e questa decisione, con questo contenuto, può essere censurata in sede di reclamo, in tutte le sue parti o comunque nelle parti che, come nella specie, siano state radicalmente contestate a monte, in sede di opposizione.

Fatta questa premessa, le buste paga prodotte dal lavoratore in effetti espongono quale retribuzione di fatto utile ai fini del TFR, quella di € 1.918,61, indicata dalla società.

Questo deve dunque ritenersi l'ammontare dell'ultima retribuzione globale di fatto ai sensi dell'art.18, comma 2, stat.lav., non essendo dato comprendere quali diversi elementi abbiano condotto alla superiore quantificazione operata dal Tribunale (tra l'altro, nulla avendo allegato al riguardo il lavoratore, né in questa sede, né degli atti difensivi di 1° grado) e non potendo includersi nella stessa il rateo di TFR, posto che una volta accertata la nullità del licenziamento, è stata disposta la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, con correlata prosecuzione del rapporto di lavoro.

In conclusione, il reclamo va accolto unicamente sotto il profilo in esame, e l'ultima retribuzione globale di fatto cui rapportare l'indennità risarcitoria da licenziamento nullo, va quantificata nell'importo mensile di € 1.918,61.

.....

La novità della questione trattata, affrontata sino ad ora unicamente dalla giurisprudenza di merito, la quale, dopo le pronunce della Corte di Giustizia, ha in parte superato il precedente orientamento in materia, giustifica la compensazione delle spese di lite di entrambi i gradi di giudizio.

p.q.m.

riforma parzialmente la sentenza n.126/2021 del Tribunale di Mantova e accerta che l'ammontare dell'ultima retribuzione globale di fatto a cui rapportare l'indennità risarcitoria oggetto di condanna, è pari ad € 1.918,61;

respinge per il resto il reclamo e dichiara interamente compensate tra le parti le spese di entrambi i gradi di giudizio.

Brescia, 23 giugno 2022

Il Consigliere Estensore

(dott.ssa Giuseppina Finazzi)

Il Presidente

(dott.ssa Antonio Matano)



REPUBBLICA ITALIANA

In nome del popolo italiano

LA CORTE DI APPELLO DI FIRENZE

Sezione lavoro

composta dai magistrati:

dr. Maria Lorena Papait	Presidente rel.
dr. Roberta Santoni Rugiu	Consigliera
dr. Nicoletta Taiti	Consigliera

nella causa iscritta al n. 452/2021 RG promossa da

TERMINAL DARSENA TOSCANA s.r.l.

Avv. Vito Vannucci

reclamante

contro

CHIELLINI NARCISO

Avv. Attilio Toni

reclamato

avente ad oggetto : reclamo ex art.1 comma 58 L.92/2012 contro la sentenza n.181/2021 emessa dal Tribunale di Livorno in funzione di giudice del lavoro in data 26.4.2021

ha pronunciato, previa camera di consiglio, la seguente

SENTENZA

Il Tribunale di Livorno, con la sentenza in oggetto, ha confermato l'ordinanza resa all'esito della fase sommaria del rito ex L.92/2012, la quale aveva accolto l'impugnazione del licenziamento intimato a Chiellini Narciso in data 11.7.2019 per superamento del periodo di comporto, dichiarato la nullità di detto licenziamento in quanto discriminatorio e per l'effetto condannato il datore di lavoro alla reintegrazione del ricorrente nel posto di lavoro e al pagamento in suo favore di una indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto dal licenziamento alla reintegra, oltre che al versamento per lo stesso periodo dei contributi previdenziali e assistenziali (l'ordinanza aveva anche dichiarato l'illegittimità di un secondo licenziamento intimato al Chiellini, per giusta causa, decisione anch'essa

confermata all'esito dell'opposizione, ma non impugnata in sede di reclamo e quindi divenuta definitiva).

Nell'impugnare il (primo) licenziamento Chiellini Narciso, dipendente di Terminal Darsena Toscana s.r.l. (di seguito TDT) dal 2009 con mansioni di operaio, aveva dedotto di essere affetto dal luglio 2010 da una gravissima patologia oncologica (*doppia neoplasia linfoproliferativa cronica B CLL su PB e MZL cute padiglione auricolare Dx*) che lo aveva costretto negli anni ad un'innumerabile serie di interventi chirurgici e terapie, e di essere stato licenziato con comunicazione dell'11.7.2019 per superamento del periodo di comportamento previsto dall'art.21 CCNL Porti (che prevede un periodo di comportamento di 15 mesi nell'arco di trenta mesi) in quanto rimasto assente per malattia, nel periodo dal 20 marzo 2017 al 7 luglio 2019, per n. 458 giorni (corrispondenti appunto a poco più di 15 mesi; n.d.r.).

Aveva contestato il licenziamento assumendo che le assenze che avevano determinato il superamento del comportamento erano dovute alla patologia oncologica di cui soffriva (per cure e interventi), patologia da qualificarsi in termini di "handicap" secondo la normativa comunitaria, e che l'inclusione di dette assenze nel computo del comportamento realizzava una ipotesi di discriminazione indiretta a suo carico, dato che l'applicazione di una norma negoziale apparentemente neutra (come quella del CCNL che fissava la misura del comportamento in 15 mesi per tutti i lavoratori) si traduceva in un trattamento peggiore per chi, come lui, si trovava in una situazione di svantaggio in ragione della condizione di handicap, per la maggiore probabilità di assentarsi per malattia, rispetto alla generalità degli altri lavoratori.

Il giudice della fase sommaria aveva accolto il ricorso aderendo a tale prospettazione, che la società aveva contrastato nel successivo giudizio di opposizione contestando la sussistenza di una discriminazione, in particolare per l'inesistenza di una situazione di handicap, per la sussistenza delle scriminanti di cui all'art.2 comma 2 Direttiva 2000/78/CE e per violazione degli obblighi di cooperazione da parte del Chiellini, dato che la società datrice non era stata messa a conoscenza della natura delle assenze per malattia (ricevendo certificati "neutri" senza l'indicazione della malattia).

Il Tribunale ha confermato la decisione all'esito della fase di opposizione, sulla scorta di una articolata motivazione alla luce della normativa e giurisprudenza comunitaria affermando, in sintesi, che :

- la grave patologia oncologica del lavoratore, con gli interventi e le terapie conseguenti, era ampiamente documentata in atti ed era pacificamente nota al datore di lavoro
- la Direttiva 2000/78/CE in tema di parità di trattamento in materia di occupazione e condizioni di lavoro, con particolari disposizioni a tutela dei lavoratori disabili, vietava trattamenti di discriminazione sia diretta che indiretta, sussistendo quest'ultima *"quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere in una posizione di particolare svantaggio... le persone portatrici di un particolare handicap... a meno che:*
 - i) tale disposizione, tale criterio o tale prassi siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari; o che*
 - ii) nel caso di persone portatrici di un particolare handicap, il datore di lavoro o qualsiasi persona o organizzazione a cui si applica la presente direttiva sia obbligato dalla legislazione nazionale ad adottare misure adeguate, conformemente ai principi di cui all'articolo 5, per ovviare agli svantaggi provocati da tale disposizione, tale criterio o tale prassi"* (art. 2, lett. b, Direttiva 2000/78/CE)

- nel caso di specie la finalità di contrastare l'assenteismo dei dipendenti era indubbiamente legittima, ma lo strumento scelto (termine di comportamento applicabile indifferentemente anche ai periodi di malattia dovuti alla situazione di handicap) era inappropriato e non necessario, dato che *“ negare un'applicazione differenziata del termine di comportamento non contrasterebbe infatti l'assenteismo dei lavoratori normodotati (che non subirebbero l'effetto di tale applicazione neutra), ne' contrasterebbe l'assenteismo del personale in condizioni di disabilità, a meno di ritenere in modo pregiudiziale e quindi discriminatorio che la loro maggiore morbilità sia solo motivata da altri fattori, non correlati alla loro patologia.”* (cfr. in termini Tribunale di Milano, Sez. Lav., n. 487/2020)
- costituiva quindi discriminazione indiretta la previsione per un lavoratore disabile e per un lavoratore non disabile del medesimo periodo di comportamento, attesa la necessità di differenziazione della tutela, da adeguare alla situazione peculiare (c.d. fattore di rischio) in cui versano i soggetti disabili, discriminazione che può essere evitata ad es. sottraendo dal calcolo del comportamento i giorni di malattia ascrivibili all'handicap, oppure individuando un altro giustificato motivo di licenziamento
- la discriminazione operava in modo oggettivo, essendo irrilevante l'intento soggettivo dell'autore, e comportava un onere probatorio *“alleggerito”* in capo al disabile
- quanto alla nozione di *“handicap”*, del tutto autonoma da quella prevista dalla legge nazionale L.104/1992, mutuando dalla definizione elaborata a livello comunitario, si trattava di *“una limitazione, risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche durature, che, in interazione con barriere di diversa natura, può ostacolare la piena ed effettiva partecipazione dell'interessato alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori”*
- nel caso di specie la patologia oncologica del Chiellini aveva indubbia natura cronica e aveva senz'altro inciso negativamente sulla sua vita professionale, dato che a causa di detta patologia era passato a svolgere mansioni di un inferiore livello contrattuale (dal IV al VI livello, come da circostanze descritte e non contestate), con ogni conseguenza in punto di frustrazione delle possibilità di progressione in carriera
- l'incidenza negativa sulla vita professionale del lavoratore trovava peraltro conferma in un documento di provenienza datoriale, dato che il medico competente dr.ssa Guelfi Stefania aveva certificato che Chiellini *“..Affetto da doppia Neoplasia Linfoproliferativa (LLC e Linfoma NH) è stato da me (ovviamente a tutela del suo stato di salute) reso non idoneo alle mansioni operative, quali guida di mezzi atti al sollevamento verticale e/o orizzontale di container, nonché a tutte le mansioni inerenti le attività da svolgere su aree di piazzale e banchina. A seguito di quanto descritto il sig. Chiellini Narciso è stato reso idoneo alla sola attività di ufficio (Vedi allegato) con mansione di addetto Ufficio Training avente incarichi di natura meno gravosa . Tale trasferimento ha accentuato lo stato di stress del paziente dovuto sia al ridimensionamento del profilo professionale e alla conseguente riduzione sotto l'aspetto salariale (dovuti al non più espletamento di servizi come doppio turneggio, notti, prefestivi, festivi sia ordinari o straordinari che prevedono contrattualmente delle maggiorazioni economiche)”*
- la discriminazione – da riconoscersi perché le assenze del lavoratore che avevano determinato il superamento del comportamento erano da ricondurre a cure e intervenuti conseguenti alla patologia oncologica di cui soffriva (come si traeva dai certificati medici ove si leggeva a più riprese *“linfoma in trattamento chemioterapico”*) –

rilevava oggettivamente, a prescindere dall'intento soggettivo dell'agente (Cass.6575/2016), di talchè non era fondata la censura contro l'ordinanza della fase sommaria di non aver valutato la violazione dell'obbligo di cooperazione in capo al Chiellini

- in parallelo, in caso di licenziamento della lavoratrice in gravidanza, non sarebbe pensabile pretendere la comunicazione dello stato di gravidanza prima del licenziamento, dato che ciò che la legge protegge è la condizione della gestante
- in conclusione, nella fattispecie *“l'applicazione dell'art.21 CCNL nei confronti del Chiellini, trascurando di distinguere assenze per malattia ed assenze per patologia correlate alla disabilità, aveva comportato una discriminazione indiretta nei confronti del lavoratore. Nè tale argomento pare superabile dalla previsione contrattuale di un'aspettativa che ha ricadute retributive ben diverse dalla malattia, anche e soprattutto tenuto conto degli interessi anche costituzionalmente garantiti da bilanciare. In altri termini, la norma contrattuale che limita a 15 mesi di assenza il superamento del periodo di comporto, rendendo dunque legittima la risoluzione del rapporto di lavoro, non può trovare applicazione nel caso di specie in quanto, pur essendo di per sé una disposizione neutra, finisce per porre il ricorrente, soggetto portatore di handicap, in una posizione di svantaggio rispetto agli altri lavoratori, configurando dunque discriminazione indiretta, essendo evidente che il portatore di handicap è costretto ad un numero di assenze notevolmente superiore rispetto al lavoratore che si assenta in caso di contingente patologia con durata limitata nel tempo o comunque breve. In effetti, è ovvio che il soggetto portatore di handicap necessariamente aggiunge ai “normali” periodi di malattia che vive per cause diverse dall'handicap, quelle direttamente collegate proprio all'handicap, di talché la parità di trattamento rende necessario sottoporre al limite temporale del comporto solo le prime assenze per i lavoratori portatori di handicap. Per questi motivi, dunque, deve essere dichiarata la natura discriminatoria del licenziamento intimato al Chiellini in data 11.7.2019, con conseguente applicazione della massima tutela di cui all'art. 18, L. 300/1970”*.

La società datrice ha proposto reclamo contro la sentenza, chiedendone l'integrale riforma con rigetto delle domande del ricorrente e contestando la decisione del Tribunale per tre motivi:

- 1) inesistenza della discriminazione per sussistenza delle condizioni scriminanti di cui all'art.2 comma 2 Direttiva 2000/78/CE
- 2) insussistenza della discriminazione per inesistenza di una situazione di “handicap”
- 3) inesistenza della discriminazione per carenza dell'elemento soggettivo (responsabilità per colpa : la società datrice non sapeva che parte delle assenze erano motivate dalla patologia cronica del lavoratore)

Chiellini Narciso ha chiesto il rigetto del reclamo perché infondato, replicando alle singole censure mosse alla sentenza di primo grado.

Il reclamo è infondato e va respinto, essendo del tutto corretta e condivisibile la sentenza impugnata.

Giova premettere in fatto che :

-è pacifico e documentato che Chiellini Narciso soffre dal 2010 di una patologia oncologica cronica (*doppia neoplasia linfoproliferativa cronica B CLL su PB e MZL cute padiglione auricolare Dx*) per cui è stato sottoposto a interventi e terapie ripetute e che tale patologia era nota alla società datrice : il lavoratore ha depositato copiosa documentazione medica (doc.3) dalla quale si trae la sussistenza della patologia, il perdurare nel tempo, gli interventi e le cure affrontate (tra cui ripetuti trattamenti chemioterapici), nonché la cartella medica di TDT nella quale compare, tra l'altro, una certificazione del medico competente del 23.6.2010, di idoneità con prescrizioni, nella quale si fa riferimento a "*leucemia linfatica cronica - linfoma N H* (Non Hodkin) e a cure di "*chemioterapia*", mentre nelle successive certificazioni si parla di situazione stazionaria; la certificazione della dr.ssa Stefania Guelfi richiamata dalla sentenza impugnata (sopra trascritta) dà conto della medesima situazione, che ha comportato l'adibizione del lavoratore a mansioni non più operative ma solo d'ufficio (con accentuazione dello stato di stress e peggioramento delle condizioni economiche); sono state inoltre prodotte le valutazioni della competente Commissione ASL che ha accertato uno stato di invalidità del Chiellini inizialmente del 70% e poi dal 2015 del 75%, con corrispondente riduzione permanente della capacità lavorativa

-è pure documentato che la quasi totalità delle assenze per malattia computate dalla società datrice ai fini del computo siano dovute a detta patologia, per lo stato di malattia e/o le cure necessarie : dai certificati medici prodotti sub doc.2, nella parte "per il lavoratore", si trae infatti che nel periodo dal 20.3.2017 al 7.7.2019 – ad esclusione del certificato del 20.3.2017 che porta la diagnosi di "vomito e diarrea" (sino al 23.3.2017) – per il resto tutti i certificati che "coprono" il periodo dal 16.8.2017 al 29.4.2018 e poi dal 18.1.2019 al 7.7.2019 indicano nella diagnosi "*linfoma non Hodkin in trattamento chemioterapico*" o formule similari

- Chiellini è stato licenziato per essere rimasto assente in detto periodo per n.458 giorni, così superando (di pochi giorni) il limite di 15 mesi, nell'arco di 30 mesi, previsto dall'art.21 CCNL Porti quale periodo di computo

Col primo motivo la società reclamante sostiene che il Tribunale ha errato nel ritenere che la finalità degli artt.2110 c.c. e 21 CCNL sarebbe quella del contrasto all'assenteismo dei lavoratori, invece che quella di contemperare gli interessi datore-lavoratore (l'interesse del primo a mantenere alle proprie dipendenze solo chi lavora e quello del secondo a non perdere il lavoro in caso di malattia), e che da ciò discenderebbe l'inesistenza della discriminazione indiretta per la sussistenza delle condizioni scriminanti di cui all'art.2 comma 2 Direttiva 2000/78/CE, considerato anche che in base al CCNL il lavoratore può godere, oltre ai 15 mesi del computo, di un'ulteriore aspettativa sino a sei mesi, prorogabile di altri sei (ex artt.21 e 27 del contratto collettivo).

A parere del Collegio il motivo è infondato, considerato che in ogni caso, anche ritenendo che la finalità della norma contrattuale sia quella del bilanciamento di interessi e non quella della lotta all'assenteismo indicata dal primo giudice, non ricorrono le condizioni indicate dall'art.2 comma 2 lett.b) della Direttiva che, nel ritenere sussistente la discriminazione indiretta "*quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere in una posizione di particolare svantaggio... le persone portatrici di un particolare handicap...*" la esclude però quando "*i) tale disposizione, tale criterio o tale prassi siano*

oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari..”

Va detto peraltro che in altra parte della sentenza il Tribunale ha pure considerato tale finalità, laddove (in fondo a pag.13) ha motivato che in relazione alla valutazione delle condizioni previste dall’art.2 par.2 lett.b), i) – appena sopra riportate – l’art.21 CCNL di settore “se pur tende ad un legittimo temperamento degli interessi delle parti del rapporto di lavoro, eccede quanto necessario per realizzare tale finalità, trascurando la condizione del disabile e prendendo in considerazione anche giorni di assenza dovuti a patologia collegata alla disabilità nel calcolo dei giorni di assenza per malattia”.

Infatti non è sufficiente, perché sia configurabile la scriminante, che sussista una finalità legittima – sia la lotta all’assenteismo, sia il legittimo temperamento degli interessi contrapposti datore/lavoratore – ma si richiede che la finalità sia perseguita con strumenti appropriati e necessari, mentre nel caso di specie lo strumento scelto (la previsione di un periodo di comporto unico e indifferenziato anche per i periodi di malattia da imputare a disabilità del lavoratore) è chiaramente inappropriato e non necessario rispetto alla finalità perseguita, dato che negare un’applicazione differenziata del periodo di comporto per le assenze dovute a disabilità non contrasterebbe l’assenteismo, come già motivato dal primo giudice, ma neppure realizzerebbe l’obiettivo del bilanciamento degli interessi tra le parti, che è ugualmente perseguibile anche con la previsione di sottrarre dal periodo di comporto i giorni di malattia dovuti alla situazione di handicap del lavoratore.

Quanto alla possibilità di fruire, oltre al periodo di comporto, di un ulteriore periodo di aspettativa (non retribuita) – che si bilancerebbe con il “sacrificio” del datore di dovere assumere un altro dipendente pagando la relativa retribuzione e contribuzione – va detto in primo luogo che il lavoratore in aspettativa non è retribuito e quindi il datore non sostiene costi aggiuntivi con l’assunzione di un altro lavoratore al suo posto, non realizzandosi quindi alcun bilanciamento di interessi, ma soprattutto che l’aspettativa prevista dal CCNL si applica indistintamente ai lavoratori normodotati e a quelli disabili sicché permane la discriminazione a carico di questi ultimi, che sarebbero pregiudicati economicamente rispetto alla generalità dei lavoratori.

Col secondo motivo la società reclamante, negando la situazione di handicap del Chiellini, censura la sentenza del primo giudice poiché non ha svolto attività istruttoria diretta a verificare se la patologia del Chiellini avesse comportato o meno effettive limitazioni alla sua vita professionale, alla luce della definizione di handicap elaborata a livello comunitario quale *“ limitazione, risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche durature, che, in interazione con barriere di diversa natura, può ostacolare la piena ed effettiva partecipazione dell’interessato alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori”*.

Secondo la reclamante il Tribunale non avrebbe accertato l’eventuale interazione della patologia del Chiellini *“con barriere di diversa natura”*, mentre avrebbe mal valutato l’esistenza di limitazioni alla vita professionale, affermando ad es. in modo apodittico che il semplice passaggio da mansioni operaie a mansioni impiegatizie aveva comportato la frustrazione delle possibilità di progressione in carriera del Chiellini, quando neppure il lavoratore aveva allegato l’esistenza di dette limitazioni e di una situazione di ostacolo ad una piena partecipazione alla vita professionale in condizione di parità con gli altri lavoratori.

Il motivo è palesemente infondato, considerata la patologia oncologica del Chiellini, la gravità e la natura cronica, la compromissione della capacità lavorativa nella misura del 70% (75% dal 2015) e le notevoli assenze dal lavoro dovute alla malattia, agli interventi e alle cure chemioterapiche, con relativi effetti collaterali – tutte condizioni ampiamente documentate in atti e peraltro non contestate – oltre alla successiva adibizione, a causa di dette condizioni, a mansioni di sempre più basso profilo, dato che Chiellini nel corso della sua vita lavorativa presso TDT è passato da mansioni di “addetto al pool operativo” ad “addetto ufficio formazione e training”, in seguito ad “addetto al gate out” ed infine ad “addetto gestione parco auto aziendale”, passando dallo svolgere mansioni del suo livello contrattuale (IV livello) a svolgere mansioni del VI livello (punto della sentenza non impugnato).

E' pertanto evidente e innegabile l'incidenza negativa sulla vita professionale della patologia sofferta, che ha comportato di fatto un progressivo demansionamento, con esclusione delle mansioni operative nello svolgimento delle quali si era formata ed era progredita la professionalità del Chiellini, e l'adibizione a mansioni di ufficio di scarso livello, ciò che ha inevitabilmente compromesso le possibilità di progressioni future in carriera, oltre ad avere comportato una riduzione delle spettanze economiche e – del tutto verosimilmente, come attestato dal medico competente dr.ssa Guelfi – un peggioramento della condizione di stress per il ridimensionamento del profilo professionale.

Non sussistono peraltro difetti di allegazione o prova, avendo il ricorrente chiaramente dedotto e provato le proprie condizioni patologiche con le relative menomazioni e le ricadute negative sulla capacità lavorativa e sulla vita professionale più in generale, per gli ostacoli ad una piena ed effettiva partecipazione in condizioni di parità con gli altri lavoratori, mentre l'elemento della “*interazione con barriere di diversa natura*” nel caso di specie può facilmente ravvisarsi nelle condizioni lavorative di costrittività ambientale incompatibili con lo stato di malattia (per esemplificare, la possibilità di lavorare da casa in smart working, in luogo della presenza fisica in ufficio, potrebbe agevolare la prestazione di attività lavorativa nonostante la patologia).

Col terzo motivo la reclamante sostiene l'inesistenza della discriminazione per carenza dell'elemento soggettivo, assumendo di non essere stata messa a conoscenza del motivo delle assenze del Chiellini (ovvero della riconducibilità alla patologia oncologica), dato che i certificati medici delle assenze inoltrati al datore di lavoro sono “neutri” e non indicano la specifica malattia a motivo dell'assenza, né erano “barrate” le caselle relative a terapie salvavita o a patologie connesse all'invalidità, così che – in assenza di consapevolezza del fattore di handicap del dipendente – si era trovata a rispondere in via oggettiva dell'assunta discriminazione, senza potere adottare una condotta differenziata, mentre nel nostro ordinamento la regola è data dalla responsabilità per colpa. In altre parole, solo se avesse avuto conoscenza della situazione di handicap e avesse ciononostante applicato l'art.21 CCNL senza differenziare il trattamento di Chiellini rispetto agli altri lavoratori, si sarebbe potuta configurare una discriminazione indiretta come ritenuto da primo giudice.

Aggiunge inoltre che tale impostazione trova conferma nel fatto che in tutta una serie di normative che riconoscono benefici a dipendenti in particolari situazioni di svantaggio è previsto l'obbligo del lavoratore di rendere edotto il datore di lavoro della situazione di svantaggio mediante le necessarie certificazioni (es. il recente DL 41/21 nel riconoscere ai lavoratori fragili la possibilità di lavorare in smart working richiede al dipendente di produrre la certificazione che dimostri lo stato di fragilità; così l'art.7 D.lvo 119/2011 nel riconoscere

ai lavoratori invalidi oltre il 50% un congedo per cure di trenta giorni non computabile ai fini del comporto richiede al lavoratore di presentare idonea certificazione medica, ecc.), mentre il parallelo il licenziamento della lavoratrice in stato di gravidanza sarebbe del tutto inconferente poiché in tal caso è la legge stessa che non prevede la comunicazione dello stato di gravidanza prima del licenziamento per ritenerlo nullo (ex art.54 Dlvo 151/2001).

Anche detto motivo di reclamo va respinto, per le ragioni già evidenziate dal primo giudice, fondate sulla rilevanza oggettiva da attribuirsi alla discriminazione, a prescindere dall'intento soggettivo di chi la realizza, e sulla conseguente operatività "automatica" dei mezzi di tutela poiché richiedere l'adempimento di formalità di qualsiasi natura "significherebbe creare un *vulnus* oltremodo severo allo statuto di protezione previsto dall'ordinamento, frustandone *ratio* ed efficacia", in coerenza con la giurisprudenza di legittimità secondo cui "*la discriminazione – diversamente dal motivo illecito – opera obiettivamente, ovvero in ragione del mero rilievo del trattamento deteriore riservato al lavoratore quale effetto della sua appartenenza alla categoria protetta, ed a prescindere dalla volontà illecita del datore di lavoro*" (Cass. 6575/2016).

Va rilevato in primo luogo che, nell'argomentare della parte reclamante, si confondono spesso i concetti di conoscenza dei motivi delle singole assenze computate ai fini del comporto, in ragione dei certificati "neutri", e di conoscenza del c.d. fattore di rischio, ovvero della situazione di handicap del Chiellini che, per quanto già detto, era perfettamente nota alla società datrice che, sin dal 2010, era a conoscenza della patologia oncologica cronica del dipendente, dello stato di ridotta capacità lavorativa e delle conseguenti limitazioni nel rendere la prestazione e che per ciò lo aveva destinato a mansioni sempre più di basso profilo.

Stante quindi la piena consapevolezza del fattore handicap, risultano del tutto inconferenti e infondate le difese riguardanti la necessità di imputabilità della condotta per evitare forme di responsabilità oggettiva (così come il richiamo alla sentenza del Tribunale di Pavia del 31.10.2020 che per quanto si legge nella motivazione riportata dalla reclamante riguarda un caso di mancata conoscenza da parte del datore di lavoro del fattore di rischio del dipendente, dato che – calandosi nel caso di specie – la società datrice, prima di procedere al licenziamento per superamento del periodo di comporto, avrebbe ben potuto (e dovuto, secondo canoni di correttezza e buona fede) attivarsi per verificare se tutte le assenze del Chiellini fossero estranee alla patologia oncologica, interpellando lo stesso lavoratore perché fornisse la necessaria documentazione medica.

Noto il fattore handicap ed il rischio di trattamenti discriminatori, nel computare indifferentemente tutte le assenze per malattia ai fini del comporto, sarebbe stato onere del datore di lavoro verificare se le assenze fossero o meno riconducibili alla patologia oncologica del Chiellini, così come in sede giudiziale, visto il regime probatorio "alleggerito" in capo al soggetto portatore del fattore di rischio, costituisce onere del datore di lavoro dimostrare che tutti i giorni di assenza siano indipendenti da detta patologia.

Né a diverse conclusioni può giungersi considerando le varie normative che richiedono al lavoratore di provare le proprie condizioni di "svantaggio" mediante idonea certificazione medica per poter fruire di determinati benefici – ciò che si iscrive nella regolare generale per cui chi richiede una certa prestazione deve dimostrare di trovarsi nelle condizioni che la consentono – dato che nel caso di specie non si tratta di fruire di benefici, ma di valutare la natura discriminatoria della condotta datoriale (nel non distinguere ai fini del comporto i

periodi di assenza del lavoratore disabile dovuti alla disabilità), che come detto opera obiettivamente al di là dell'intento del soggetto che la pone in essere, così che la situazione è in effetti molto più assimilabile a quella della lavoratrice licenziata invalidamente in stato di gravidanza, ove il legislatore dà rilievo al dato oggettivo della gravidanza a prescindere dalla conoscenza che ne abbia o meno il datore di lavoro.

La sentenza di primo grado va pertanto confermata.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo, avuto riguardo al valore indeterminabile della causa.

A norma del comma 17 dell'art. 1 legge 29.12.2012, n.228 deve darsi atto che sussistono i presupposti processuali per il versamento da parte della parte reclamante di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato.

PQM

La Corte, definitivamente pronunciando, respinta ogni diversa istanza, eccezione e deduzione:

-respinge il reclamo e conferma la sentenza reclamata;

-condanna la società reclamante al pagamento delle spese di lite del secondo grado sostenute dalla parte reclamata, che liquida in € 4.500, oltre spese generali 15%, Iva e Cpa;

-dichiara che sussistono i presupposti processuali di cui all'art. 13, comma 1-quater, D.P.R. 30.5.2002 n. 115, introdotto dall'art. 1, comma 17, L. 24.12.2012 n. 228, per l'obbligo della reclamante di versare un ulteriore importo a titolo di contributo unificato.

Firenze, 26.10.2021

La Presidente rel.

dr. Maria Lorena Papait

N. R.G. 832/2022



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE D'APPELLO DI MILANO

Sezione Lavoro

nelle persone dei seguenti Magistrati:

Dott.ssa Susanna MANTOVANI

Presidente rel.

Dott. Roberto VIGNATI

Consigliere

Dott.ssa Laura BERTOLI

Consigliere

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile in grado d'appello avverso l'ordinanza del Tribunale di Milano del 22/6/22, est. Dott.ssa Francesca Saioni, discussa all'udienza dell'1/12/22 e promossa

DA

MAFFUCCI ANTONIO (c.f. MFFNTN64C16B415K), elettivamente domiciliato in Milano in Via Carducci n. 31, presso lo studio dell'Avv. Nyranne Moshi, del Foro di Milano, dalla quale è rappresentato e difeso in virtù di mandato allegato al ricorso introduttivo, unitamente agli Avv.ti Daniela Palmieri e Ivan Assael

APPELLANTE

CONTRO

N.S.I. NIGRA SERVIZI ITALIA SOCIETÀ COOPERATIVA (c.f. e P.Iva 06417090963), in persona del legale rappresentante, nonché presidente signor Massimo Zenobi, con sede in Milano, Via Privata Grosio n. 10/10, elettivamente domiciliata in Milano, Piazza della Repubblica n. 9 presso e nello studio dell'Avv. Marco Petrucci che la rappresenta e difende per procura ai sensi dell'art. 83 c.p.c. allegata alla memoria di costituzione di I grado (all. a)

APPELLATA

I procuratori delle parti, come sopra costituiti, così precisavano le

CONCLUSIONI

PER L'APPELLANTE come da ricorso in appello:

"Voglia la Corte di Appello di Milano, rigettata ogni contraria istanza, in riforma della pronuncia del Tribunale di Milano resa nel procedimento 1346/2022, comunicata in data 24/06/2022

In via principale

previa eventuale declaratoria di nullità dell'art. 51 CCNL Imprese di Pulizia Multiservizi nella parte in cui non prevede l'esclusione dal comparto delle assenze collegate alla disabilità del lavoratore

In via principale



1) Accertare e dichiarare la discriminatorietà della condotta tenuta da N.S.I Nigra Servizi Italia Società cooperativa consistita a) nel discriminare il lavoratore nella mancata adozione dei ragionevoli accomodamenti; b) nel discriminare il lavoratore nell'assegnazione delle mansioni; c) nel discriminare il lavoratore quanto al computo del periodo di comportamento applicando incondizionatamente l'art. 51 del CCNL Multiservizi;

Ai fini della rimozione degli effetti

2) Accertare e dichiarare la nullità e/o illegittimità e comunque inefficacia del licenziamento intimato al lavoratore;

3) Condannare la convenuta ad operare il ricalcolo del periodo di comportamento escludendo le malattie riconducibili alla situazione di disabilità e al ricovero ospedaliero;

4) Condannare la convenuta a reintegrare il lavoratore nel posto di lavoro e a versargli un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, corrispondente al periodo dal giorno del licenziamento fino a quello dell'effettiva reintegrazione e comunque in misura non inferiore a cinque mensilità. La retribuzione lorda di riferimento sarà pari a 1.533,88 € (1.314,75*14/12) lordi o altra somma maggiore o minore ritenuta equa e di giustizia;

Per quanto occorra

5) accertare e dichiarare la nullità e/o illegittimità e comunque inefficacia dell'esclusione dalla cooperativa

In via subordinata

5) Condannare la convenuta al versamento in favore del lavoratore di un'indennità non assoggettata a contribuzione previdenziale in misura comunque non inferiore a trentasei mensilità della retribuzione utile per il calcolo del TFR e quindi pari a 55.219,50 euro (1.424,31*36) lordi o altra somma maggiore o minore ritenuta equa e di giustizia.

6) Con condanna della controparte alla rifusione delle spese di lite di entrambi i gradi del giudizio ex DM 55/2014, oltre oneri accessori, IVA e CPA”

PER L'APPELLATA come da memoria di costituzione:

“In via preliminare e pregiudiziale

a) accertata la mancata impugnativa da parte del ricorrente della scheda di adesione-contratto associativo e lavorativo, nonché del rapporto di lavoro o della tipologia dello stesso, così come specificato nella narrativa in via preliminare e pregiudiziale paragrafo 2), dichiarare l'infondatezza a priori delle domande formulate e/o la loro inammissibilità per l'effetto rigettare tutte le domande proposte nello stesso dal ricorrente;

b) accertato che trattasi di controversia tra socio lavoratore e cooperativa, il cui rapporto non è oggetto di contestazione, dichiarare l'incompetenza funzionale del Giudice del lavoro adito in favore del Tribunale Ordinario di Milano e/o il difetto di rito, con tutte le conseguenti statuizioni di rito;

c) accertare la totale genericità delle domande / conclusioni formulate nel ricorso proposto.

Nel merito:

in via principale: respingere tutte le domande svolte dal signor Antonio Maffucci nell'appello proposto, in quanto infondate in fatto ed in diritto per i motivi di cui alla narrativa del presente atto e di quello di I grado.

In via subordinata: nelle denegata e non creduta ipotesi di declaratoria di illegittimità del licenziamento intimato ed oggetto di impugnativa, applicare la normativa delle tutele crescenti (Decreto legislativo n. 23/2015, attuativo del c.d. Jobs Act, legge n. 183 del 2014), nel valore ritenuto di giustizia, non essendo applicabile, per i motivi dedotti nella narrativa del presente atto, la tutela reale indicata dalla difesa del ricorrente, nella sua qualità di socio lavoratore di una cooperativa pura che non occupa più di 15 dipendenti.

In via istruttoria: si eccepisce l'inammissibilità delle istanze istruttorie così come dedotto nel presente atto nella narrativa in diritto, ed in particolare ci si oppone all'ammissione dei capitoli di prova ex adverso articolati, anche per come formulati e si chiede l'ammissione di prova per testimoni sulle circostanze dedotte nella narrativa in fatto dal n. 1 al 18, precedute dalle parole “Vero che” altre ai seguenti capitoli di prova; - omissis -

Si indicano quali testimoni i signori:

- Patrizia Benelli presso cooperativa Nigra Servizi Italia;

- Fiore Ranieri presso cooperativa Nigra Servizi Italia;

- signor El Habib Abderrahim (detto Abramo) presso coop. Nigra Servizi Italia;

- Walter Lucini presso cooperativa Nigra Servizi Italia.

Con il favore delle spese e dei compensi professionali.”



SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Il Tribunale di Milano, in funzione di giudice del lavoro, con l'ordinanza emessa in data 22/6/22 dichiarava inammissibile, compensando le spese di lite, il ricorso proposto, ai sensi degli artt. 28 del D.L.vo. n. 150/11 e 4 del D.L.vo n. 216/03, da Maffucci Antonio, che aveva lavorato come operaio con inquadramento nel 3[^] livello del CCNL Servizi di Pulizia alle dipendenze di N.S.I. Nigra Servizi Italia Società Cooperativa dall'1/7/15 fino al 27/12/21 quando era stato licenziato per superamento del periodo di comporto ai sensi dell'art. 51 del CCNL Multiservizi ed era stato contestualmente estromesso dalla cooperativa, ricorso diretto ad ottenere - previa declaratoria di nullità e/o inefficacia e/o illegittimità del licenziamento e della esclusione dalla cooperativa per a) la discriminazione diretta posta in essere da N.S.I. Nigra Servizi Italia Società Cooperativa che non aveva adottato alcun ragionevole accomodamento ex art. 2087 c.c. e D.L.vo n. 216/03; b) il mancato rispetto dell'art. 2087 c.c. e del D.L.vo n. 81/08, essendo stato adibito a mansioni non compatibili con il suo ridotto stato di salute; c) la discriminazione indiretta consistente nell'applicazione incondizionata nei suoi confronti dell'art. 51 citato; d) la violazione degli artt. 1175 e 1375 c.c., non essendo stato avvertito dell'imminente scadenza del comporto e della possibilità di chiedere la aspettativa non retribuita - la reintegrazione nel posto di lavoro, nonché la corresponsione di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto (pari a 1.533,88, così determinata € 1.314,75*14/12) dal giorno del licenziamento fino a quello dell'effettiva reintegrazione e comunque in misura non inferiore a cinque mensilità.

Il giudice a quo accoglieva l'eccezione preliminare sollevata dalla resistente relativa all'omessa impugnazione del rapporto associativo intercorso tra le parti:

“Si rinviene alla pag. 20 del ricorso un paragrafo intitolato “E) Sull'estromissione dalla cooperativa” del seguente tenore: “Nella lettera di licenziamento ricevuta dal ricorrente in data 27 dicembre 2021 viene riportato che il superamento del comporto ha determinato non solo il licenziamento ma anche la sua esclusione da socio della cooperativa. Tuttavia, il ricorrente non risulta essere socio di alcuna cooperativa, al momento dell'assunzione infatti ha firmato soltanto il contratto di lavoro e nessun contratto associativo. Per mero scrupolo difensivo si impugna e contesta l'estromissione dalla cooperativa pur non riconoscendo la sussistenza di alcun rapporto sociale”.

NSI ha prodotto in giudizio: a) scheda di adesione alla cooperativa sottoscritta dal ricorrente (doc. 2); b) verbali di assemblee dei soci degli anni 2017, 2018 e 2019 con ricevute di convocazione sottoscritte dal ricorrente (docc. 11- 13); c) libro soci in sintesi e per esteso, ritualmente vidimati e firmati da cui si evince che il ricorrente era, appunto, socio della cooperativa (docc. 3 a e 3 b).

Le sottoscrizioni del ricorrente non sono state disconosciute né è stata affermata in causa la simulazione del rapporto associativo con formulazione di istanze istruttorie ad hoc.

Manca, invece, a completamento della documentazione suindicata, la produzione della delibera di ammissione, rispetto alle cui sorti non si rinviene nessuna allegazione difensiva da parte di NSI.

La difesa del ricorrente ha quindi addotto l'insussistenza di qualunque prova circa la qualità di socio del signor Maffucci, rammentando che la delibera di ammissione alla cooperativa ha carattere costitutivo del rapporto.

L'assunto circa la natura costitutiva della delibera in questione è corretto.

La Corte di Cassazione ha infatti affermato che “La qualità di socio di una cooperativa si acquista con la delibera di ammissione da parte degli amministratori (art. 2525 cod. civ.), che ha natura di fatto costitutivo, mentre la trascrizione della delibera nel libro delle deliberazioni del consiglio di amministrazione e nel libro soci



(artt. 2421, 2516 cod. civ.) ha valore documentale” (sent. n. 4053/1992; conformi Cass. n. 2438/1972; n. 6371/1982; n. 4961/1986).

Nella parte motiva, la Corte peraltro aggiunge: “...Pertanto, in mancanza di tale trascrizione nel libro soci, la prova della qualità di socio può essere fornita dimostrando altrimenti l'esistenza della suddetta delibera (nella specie, attraverso una delibera di esclusione del socio, la quale necessariamente presupponeva la precedente ammissione e la cui operatività era stata sospesa nel corso di un altro giudizio...Così nella specie, esatta è, in linea di principio, la decisione della Corte di merito secondo cui la prova della qualità di socio possa essere data o con i dati annotati nel relativo libro soci, o con altro fattore di prova equivalente, individuandosi l'equivalente valore probatorio nella dimostrazione del fatto costitutivo e, cioè, della delibera del Consiglio. Rettamente, quindi, la dimostrazione storica del fatto costitutivo è stata data con la delibera dello stesso organo amministrativo, di esclusione che necessariamente presupponeva la precedente ammissione...”

Nel caso concreto, come rammentato poc'anzi, risultano prodotti in giudizio la scheda di adesione sottoscritta, l'iscrizione nel libro soci e la delibera di esclusione, oltre alle ricevute sottoscritte delle convocazioni alle assemblee

Può quindi essere affermato, in linea con i principi delineati dalla giurisprudenza di legittimità, che vi è prova in causa del fatto che il ricorrente era socio di NSI e non solo lavoratore dipendente posto che la delibera di esclusione adottata nei suoi confronti presuppone “la precedente ammissione”; affermazione, nel caso concreto, corroborata anche dagli ulteriori documenti prodotti da NSI.

Se così è, tenuto conto del rito ultraspecialistico prescelto (ricorso ex art. 28 D. Lgs. n. 150/2011 e art. 4 D. Lgs. n. 216/2003), in luogo di quello ordinario – che, a parere di chi scrive, imporrebbe quanto meno di valutare la possibilità di un esame congiunto delle domande per connessione ex art. 40 c.p.c. - il presente ricorso deve essere dichiarato inammissibile”.

Con atto di citazione depositato in data 22/7/22 Maffucci Antonio ha proposto appello ex art. 702 quater c.p.c. avverso l'ordinanza di inammissibilità emessa nel procedimento iscritto al RG n. 1346/22 del Tribunale di Milano.

Con il primo articolato motivo di gravame impugna la decisione nella parte in cui il giudice a quo ha ritenuto di non poter decidere la controversia, in quanto la domanda relativa all'estromissione non è compatibile con il rito proposto, denunciando la violazione e/o falsa applicazione dell'art. 3 D.L.vo 150/11 e dell'art. 702 ter c.p.c.

In primo luogo evidenzia come la comunicazione di estromissione (doc. n. 5 appellata) faccia esclusivo riferimento all'art. 51 del CCNL Multiservizi e perciò al superamento del comportamento, così come il licenziamento (doc. n. 14 appellata) riporti, quale unica motivazione, il superamento del periodo di comportamento ai sensi del vigente CCNL. Ne consegue – continua l'appellante – che “la delibera di estromissione ha natura discriminatoria e dovrà pertanto essere ritenuta nulla.

Il giudizio sulla natura discriminatoria dell'estromissione può essere reso nell'ambito del medesimo procedimento ex art. 702 ter e non necessita di alcuna integrazione o modificazione della domanda”.

In secondo luogo rileva che la pronuncia di inammissibilità non è prevista dal D.L.vo n. 150/11 (“Nelle controversie disciplinate dal Capo III, non si applicano i commi secondo e terzo dell'articolo 702-ter del codice di procedura civile”, così art. 3), per cui nelle controversie in materia di discriminazione (art. 28 decreto citato) non può essere pronunciata l'inammissibilità della domanda come, invece, prevede l'art. 702 ter c.p.c. per le controversie ordinarie e che di conseguenza “il Tribunale avrebbe eventualmente dovuto pronunciare ordinanza di mutamento del rito ai sensi del comma 3, art. 4, D.Lgs. 150/2011 e permettere quindi l'esame congiunto delle due domande connesse”.



Con il secondo motivo di gravame impugna la decisione nella parte in cui il Tribunale di Milano ha ritenuto dimostrato il suo status di socio, denunciando la violazione e/o falsa applicazione dell'art. 2528 c.c.

Sostiene che controparte non ha assolto all'onere probatorio a suo carico, dato che la delibera di ammissione, avente natura costitutiva, non è mai stata adottata.

Nell'ottica dell'appello, anche a voler considerare valida la deliberazione orale del CdA, il contratto societario non può ritenersi concluso, non essendogli mai stata comunicata la delibera di ammissione; non vi è inoltre alcuna annotazione sul libro dei soci di detta deliberazione e non è stato dimostrato il versamento della quota sociale.

Censura, inoltre, l'affermazione del giudice a quo secondo cui la esistenza della delibera di ammissione del CdA può essere dedotta a fronte della successiva delibera di esclusione, dato che, in questo modo, si *"consentirebbe alla cooperativa di sanare una nullità del contratto, per carenza degli elementi costitutivi della fattispecie, anche a distanza di anni"*.

Per la denegata ipotesi in cui la Corte di Appello dovesse ravvisare il vincolo societario, Maffucci Antonio ribadisce che le domande azionate possono comunque trovare accoglimento nel procedimento speciale antidiscriminatorio: *"l'estromissione ha natura discriminatoria in quanto è fondata sui medesimi presupposti del licenziamento. La violazione della Convenzione ONU sulla tutela del lavoratore disabile, e della normativa comunitaria e nazionale derivata, comporta necessariamente la nullità della delibera."*

La discriminatorietà della condotta denunciata in ricorso travolge quindi sia l'estromissione dal (contestato) contratto associativo sia il licenziamento.

Il Tribunale ha quindi errato nel ritenere che le due questioni avessero una causa petendi differente e che dovessero quindi essere trattate in giudizi separati.

Trattandosi in ogni caso di un atto che colpisce il disabile-lavoratore la competenza non può che essere quella del Tribunale del Lavoro, vista anche l'obbligatorietà del rito imposto dal D.Lgs. 150/2011".

Nel merito, richiama integralmente la difesa articolata in primo grado, rimasta assorbita.

N.S.I. Nigra Servizi Italia Società Cooperativa resiste in giudizio per la conferma del provvedimento impugnato, replicando alle doglianze avversarie.

Innanzitutto ribadisce che *"Il ricorrente, non era, e non è tutt'ora un lavoratore disabile, (né lo era, comunque, al momento del licenziamento, ma semplicemente una persona con una malattia curabile e di fatto curata), al quale applicare la normativa di cui alla richiamata Legge 68/1999, in mancanza anche dei due presupposti previsti dalla norma, ovvero, l'accertamento preventivo o in itinere della riduzione della capacità lavorativa da parte di Enti o Commissioni preposte, o da parte di un organo giurisdizionale."*

Né l'appellante può essere definito disabile in base a quanto dallo stesso dedotto..

Non si tratta, quindi, di una disabilità - che viceversa sarebbe stata accertata e certificata subito - ma di una malattia o di un aggravamento di uno stato soggettivo temporanei, che ben possono essere curati e che, comunque non possono giustificare delle assenze così lunghe come il periodo di comporta.

L'interpretazione consolidata della Corte di Giustizia, alla quale si richiama in maniera uniforme la nostra Corte di Cassazione, per quanto riguarda la nozione di handicap è la seguente: "una limitazione, risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche durature, che, in interazione con barriere di diversa natura, può ostacolare la piena ed effettiva partecipazione



dell'interessato alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori" (ex multis sentenza 11/04/2012, HK Danmark, C-335/11 e C-337/11, punti 38-42)."

Reitera integralmente la difesa illustrata in primo grado sia sulle eccezioni preliminari che nel merito, anche svolta in via subordinata.

La causa, all'esito della discussione orale, è stata decisa all'udienza dell'1/12/22 con dispositivo pubblicamente letto.

MOTIVI DELLA DECISIONE

L'appello, pur se nella forma della citazione, è stato notificato a mezzo pec in data 22/7/22 (v. ricevuta di avvenuta consegna) sia all'indirizzo di N.S.I. Nigra Servizi Italia Società Cooperativa (nigraserviziitalia@legalmail.it), sia all'indirizzo del procuratore di questa ultima costituitosi nel giudizio di primo grado.

Anche nel caso in cui si voglia considerare irrituale la modalità di proposizione del presente gravame, lo stesso è tempestivo in base al principio di legittimità più volte enunciato dalla Suprema Corte nell'ipotesi di cause di lavoro introdotte con citazione e non con ricorso:

* *"Nel rito del lavoro - che si applica anche alle controversie in materia di locazione urbana, ai sensi degli artt. 447 "bis" e 8, secondo comma n. 2, (norma, quest'ultima, abrogata a decorrere dal 2 giugno 1999) cod. proc. civ., l'introduzione del giudizio d'appello con citazione, quando questa è stata depositata nei termini indicati dagli artt. 434, secondo comma, e 327, primo comma, cod. proc. civ., determina soltanto la necessità processuale del mutamento di rito, o, in mancanza, una mera irregolarità processuale attinente ad una questione di rito, che non può essere autonomamente dedotta come motivo di gravame e che assume rilievo, ai fini dell'impugnazione, solamente se abbia arrecato alla parte un pregiudizio processuale che abbia inciso sulla competenza, sul regime delle prove o sui diritti di difesa." (così Cass n. 12013/02);*

* *"nelle controversie soggette al rito del lavoro, l'appello deve essere proposto con il deposito in cancelleria del ricorso, nei termini perentori fissati dalla legge. Tale requisito, tuttavia, può dirsi validamente soddisfatto anche con il deposito di un atto di citazione - purché sia avvenuto nei termini anzidetti e contenga la specificazione dei motivi del gravame - rimanendo di per sè irrilevante la notificazione previamente effettuata all'appellato. (conf 5577/84, mass n 437251; (conf. 1607/82, mass n 419428; (conf. 2054/81, mass n 412776)." (così Cass. n. 328/87).*

Tanto premesso, sono condivisibili sia le doglianze (II) inerenti il mancato assolvimento dell'onere della prova di cui era gravata la datrice di lavoro, avendo Maffucci Antonio fin dal ricorso introduttivo negato di rivestire la qualifica di socio (*"Tuttavia il ricorrente non risulta essere socio di alcuna cooperativa, al momento dell'assunzione infatti ha firmato soltanto il contratto di lavoro e nessun contratto associativo. Per mero scrupolo difensivo si impugna e contesta l'estromissione dalla cooperativa pur non riconoscendo la sussistenza di alcun rapporto sociale"*, così ricorso primo grado); sia le doglianze inerenti (I) la erronea pronuncia di inammissibilità.

Il Tribunale di Milano ha, invero, fondato la sua decisione sulla *"omessa impugnazione del rapporto associativo intercorso tra le parti"*, affermando che detta omessa impugnazione preclude l'instaurazione del procedimento speciale promosso (in quanto avrebbe dovuto essere instaurato il giudizio ordinario con operatività del disposto dell'art. 40 c.p.c.).

Ebbene, anche a volersi ritenere dimostrato lo status di socio lavoratore di Maffucci Antonio, questo ultimo con comunicazione datata 31/1/22 (doc. 18 ricorrente) ha impugnato e contestato sia la validità/legittimità del licenziamento, che della (pretesa) contestuale esclusione dalla cooperativa e



l'accertamento della nullità e/o inefficacia e/o illegittimità degli atti di risoluzione - fondati sul medesimo fatto storico (superamento del periodo di comportamento) - è stato chiesto nel presente giudizio instaurato il 16/2/22 (v. conclusioni rassegnate).

Sia l'atto di impugnazione stragiudiziale, che l'atto di impugnazione giudiziale sono tempestivi, essendo stato rispettato il termine di 60 giorni stabilito dalla legge (art. 6 della legge n. 604/66 ed art. 2533 c.c.)

Ne consegue che, avendo Maffucci Antonio denunciato la (identica) condotta discriminatoria posta in essere da N.S.I. Nigra Servizi Italia Società Cooperativa nel rapporto di lavoro e/o nel rapporto societario, non si ravvisano preclusioni all'esperibilità del procedimento speciale - pertanto ammissibile - per rimuovere gli effetti di detta condotta che è determinata dalla stessa causale.

Passando al merito, Maffucci Antonio, quale soggetto disabile, invoca la tutela in materia antidiscriminatoria, sostenendo che la applicazione nei suoi confronti della norma sul comportamento prevista dal CCNL Multiservizi rappresenta una discriminazione indiretta e come tale deve essere sanzionata, dato che, pur essendo apparentemente neutra perché riferibile alla generalità dei lavoratori, in realtà comporta una situazione di svantaggio per i lavoratori disabili.

L'assunto attoreo merita adesione.

E' incontestato/documentale che Maffucci Antonio è stato licenziato per avere effettuato 375 giorni di malattia tra il 7/1/19 e il 27/12/21 ai sensi dell'art. 51 del CCNL applicato (*"Il diritto alla conservazione del posto viene a cessare qualora il lavoratore anche con più periodi di infermità raggiunta in complesso dodici mesi di assenza nell'arco di 36 mesi consecutivi. Ai fini del trattamento di cui sopra si procede al cumulo dei periodi di assenza per malattia verificatisi nell'arco temporale dei 36 mesi che precedono l'ultimo giorno di malattia considerato. La disposizione di cui al precedente comma vale anche se i 36 mesi consecutivi sono stati raggiunti attraverso più rapporti di lavoro consecutivi nel settore"*), come da elenco prodotto in giudizio dall'ex datrice di lavoro (doc. 15 resistente) e che un considerevole numero di giorni - detratti i quali non verrebbe superato il periodo di comportamento - sono ascrivibili ad assenze per coxartrosi e per il successivo impianto di artroprotesi all'anca dx, eseguito nell'ottobre del 2021.

Ciò precisato in fatto, deve essere ricordato che *"secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia la nozione di handicap, ai sensi della direttiva 2000/78, deve essere intesa come riguardante una limitazione di capacità risultante in particolare da durature 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 un piano di uguaglianza con gli altri lavoratori ..."* (sentenza del 18/1/18 n. 270/16 Sez. III Corte Giustizia Unione Europea; nello stesso senso Cass. n. 29289/19). Per disabilità, perciò, si intende la *"condizione patologica causata da una malattia diagnosticata come curabile o incurabile, qualora tale malattia comporti una limitazione, risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche, che, in interazione con barriere di diversa natura, possa ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori, e tale menomazione sia di lunga durata"* (cfr. Corte di Giustizia Unione europea C-335/11, punto 47).

E lo stato di disabile in capo a Maffucci Antonio è ravvisabile, in quanto egli - all'epoca dei fatti - era affetto da coxartrosi (malattia infiammatoria cronica, che colpisce l'articolazione dell'anca, caratterizzata dall'usura progressiva e inesorabile della cartilagine articolare della suddetta articolazione), che sicuramente incideva sulla sua vita lavorativa, come si ricava dal verbale della visita medica aziendale del 7/5/20 (doc. 7 ricorrente), all'esito della quale è



stato giudicato temporaneamente non idoneo alla mansione specifica, con diagnosi di displasia dell'anca dx e con prescrizione di eseguire accertamenti clinico strumentali a detta articolazione.

Ad avviso del Collegio, pertanto, la natura e la gravità della malattia di cui soffriva Maffucci Antonio implicava in modo stabile e verosimilmente ingravescente, quanto meno, una difficoltà nell'esercizio dell'attività lavorativa, oltre che la necessità di fruire di periodi di cura e riposo più frequenti rispetto ai colleghi non affetti da disabilità.

Questa Corte territoriale in analoga controversia, con motivazione richiamata ai sensi e per gli affetti di cui all'art. 118 disp. att. c.p.c., ha affermato che "l'art. 2, comma 1 lettera b del D.Lgs. 216/2003 (con cui è stata data attuazione alla direttiva 2000/78/Ce) dispone che la discriminazione indiretta sussiste "quando una disposizione, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri possono mettere le personeportatrici di handicap in una situazione di particolare svantaggio rispetto alle altre persone".

L'art. 2 della direttiva 2000/78/CE (intitolato "Nozione di discriminazione") al paragrafo 2 lettera b) prevede quanto segue: "Sussiste discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere in posizione di particolare svantaggio le persone che professano una determinata religione o ideologia di altra natura, le persone portatrici di un particolare handicap, le persone di una particolare età o di una particolare tendenza sessuale rispetto alle altre persone, a meno che : i) tale disposizione, tale criterio o tale prassi siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari..." . Orbene, nella fattispecie occorre allora valutare se l'applicazione disposizione in forza della quale §§§§ ha licenziato [il dipendente] per superamento del periodo di comporto (...) abbia o meno comportato una discriminazione indiretta nei confronti del lavoratore disabile. (...)

Ripercorrendo l'iter argomentativo effettuato dalla Corte di Giustizia nella citata sentenza del 18 gennaio 2018 in una fattispecie sovrapponibile alla presente (che qui si richiama ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 118 disp. att. c.p.c.), ritiene questo Collegio: che l'art. 42 del CCNL del settore, in quanto applicabile in modo identico alle persone disabili ed alle persone non disabili che sono state assenti dal lavoro, non introduce una disparità di trattamento direttamente basata sulla disabilità; che in relazione invece alla valutazione delle condizioni previste dall'art. 2, paragrafo 2 lettera b) i) tale disposizione, pur se tende ad un legittimo contemperamento degli interessi delle parti del rapporto di lavoro, ecceda quanto necessario per realizzare tale finalità, trascurando la condizione di disabile e prendendo in considerazione anche giorni di assenza dovuti a patologia collegata alla disabilità nel calcolo dei giorni di assenza per malattia. In questo senso, si legge della sentenza citata della Corte di giustizia: "rispetto ad un lavoratore non disabile, un lavoratore disabile è esposto al rischio ulteriore di assenze dovute ad una malattia collegata alla sua disabilità. Egli è quindi soggetto ad un maggiore rischio di accumulare giorni di assenza per malattia ...(punto 39); inoltre, "non si deve inoltre ignorare che il rischio cui sono soggette le persone disabili, le quali, in generale, incontrano maggiori difficoltà rispetto ai lavoratori non disabili a reinserirsi nel mondo del lavoro e hanno esigenze specifiche connesse alla tutela previste dalla loro condizione (punto 50)" (così CA MI n. 755/18).

Nel caso in esame è la documentazione medica prodotta a comprovare l'effettività anche in concreto del maggior rischio, per il disabile, di doversi assentare per malattia rispetto al lavoratore non disabile, poiché, come sopra anticipato, le diagnosi che giustificano l'assenza sono in gran parte dovute alla coxartrosi di cui l'appellante era affetto.

Considerato che, secondo la già citata Corte giustizia UE sez. III, 18/01/18, n. 270, "L'art. 2 § 2 Lett. b) punto i) Direttiva 2000/78/CE, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale in base alla quale un datore di lavoro può licenziare un lavoratore in ragione di assenze intermittenti dal lavoro, sebbene giustificate, nella situazione in



cui tali assenze sono dovute a malattie imputabili alla disabilità di cui soffre il lavoratore, tranne se tale normativa, nel perseguire l'obiettivo legittimo di lottare contro l'assenteismo, non va al di là di quanto necessario per raggiungere tale obiettivo, circostanza che spetta al giudice del rinvio valutare", ritiene la Corte che l'art. 51 del CCNL Multiservizi, pur sorretto da finalità legittima, produca un effetto discriminatorio se riferita ad un lavoratore disabile, travalicando - in questa ipotesi - i limiti necessari al perseguimento della finalità lecita ad essa sottesa, in assenza di qualsivoglia specifico contemperamento perequativo a tutela della specifica posizione del disabile (in tal senso CA MI n. 480/20).

Alla luce dei suddetti principi, l'applicazione della citata norma contrattuale collettiva alla fattispecie in esame, trascurando di distinguere tra le assenze dovute a malattia e le assenze dovute alla patologia correlata alla disabilità, ha comportato una discriminazione indiretta nei confronti di Maffucci Antonio.

Quanto alla mancata conoscenza da parte di N.S.I. Nigra Servizi Italia Società Cooperativa delle ragioni per le quali il citato dipendente si è assentato per malattia - su cui la difesa dell'appellata ha in particolar modo posto l'accento - è sufficiente osservare che la discriminazione rileva oggettivamente, sicché è del tutto ininfluyente, ai fini del riconoscimento della discriminatorietà di un atto, l'intento soggettivo dell'agente: ciò che la legislazione prende in considerazione è l'effetto oggettivamente considerato del trattamento discriminatorio, che è anche ciò che essa intende evitare (in senso conforme CA MI n. 301/21 secondo cui *"...la discriminazione, diretta o indiretta che sia, opera sempre su di un piano puramente oggettivo possedendo per questa ragione delle connotazioni negative che vanno al di là della pura e semplice consapevolezza in capo al soggetto agente in ordine ai presupposti del fenomeno, ai suoi effetti e al suo disvalore giuridico oltre che umano e sociale : basta in pratica che si manifesti con effetti nella sfera soggettiva della "vittima" un fatto di per sé foriero di una valenza discriminatoria perché esso operi lasciando spazio ai mezzi di tutela ordinamentali"*).

In accoglimento dell'appello, deve perciò essere dichiarata discriminatoria la condotta tenuta da N.S.I. Nigra Servizi Italia Società Cooperativa nei confronti di Maffucci Antonio ed essere dichiarato nullo il licenziamento intimatogli (e la connessa esclusione dello stesso dalla cooperativa), poiché il superamento del periodo di comporto è stato determinato dalle assenze determinate dalla sua disabilità.

La appellata deve essere di conseguenza condannata a reintegrarlo nel posto di lavoro ed a risarcirgli il danno subito, che viene determinato nella indennità mensile di €. 1.267,00 (v. verbale di udienza dell'1/12/22), per l'arco temporale che va dalla data del licenziamento a quello della effettiva reintegrazione con interessi e rivalutazione, nonché a versare i relativi contributi di legge.

Le spese del doppio grado seguono la regola della soccombenza.

Avuto riguardo al valore della controversia, all'assenza di istruttoria ed in applicazione della facoltà di riduzione del compenso in ragione delle condizioni soggettive delle parti, vengono determinate - secondo le tabelle di cui al DM n. 55/2014 come modificato dal DM n. 37/2018 - in € 2.900,00, oltre a spese generali, oneri ed accessori di legge per il primo grado di giudizio e - secondo le tabelle di cui al DM n. 55/2014 come modificato dal DM n. 147/2022 - in € 3.500,00, oltre a spese generali, oneri ed accessori di legge per il presente grado di appello, in applicazione del principio per cui *"il giudice che deve liquidare le spese processuali relative ad un'attività difensiva ormai esaurita (nella specie, con decisione nel merito), deve applicare la normativa vigente al tempo in cui l'attività stessa è stata compiuta, sicché, per l'attività conclusa nella vigenza del DM 127 del 2004, deve applicare le tariffe da questo previste e*



non i parametri sopravvenuti ai sensi dell'art. 41 del DM n. 140 del 2012" (così Cass. n. 2748/16 ; Cass. n. 17577/18; Cass. SU n. 33482/22).

P.Q.M.

In riforma dell'ordinanza del 22/6/22 del Tribunale di Milano, dichiara nullo il licenziamento intimato a Maffucci Antonio per superamento del periodo di comporto.

Condanna N.S.I. Nigra Servizi Italia Società cooperativa a reintegrare Maffucci Antonio nel posto di lavoro ed a erogargli una indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del t.f.r. (pari ad € 1.267,00), per il periodo dal licenziamento alla effettiva reintegrazione, nonché a versare la relativa contribuzione.

Condanna l'appellata alle spese del doppio grado, che si liquidano in € 2.900,00 per il primo grado ed in € 3.500,00 per il secondo grado, oltre a spese generali, oneri ed accessori di legge.

Milano, 1/12/22

IL PRESIDENTE REL.
dott.ssa Susanna Mantovani





**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE DI APPELLO DI MILANO
Sezione Lavoro**

composta dai Magistrati:

Dott.ssa Monica Vitali
Dott. Roberto Vignati
Dott. Andrea Trentin

Presidente
Consigliere rel.
Giudice Ausiliario

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

nella causa civile in grado di appello iscritta al n. 1302 del Ruolo Generale Lavoro dell'anno 2022 avverso la sentenza n. 327/2022 in data 24 ottobre 2022 del Tribunale di Pavia, Giudice dott.ssa Donatella Oneto, discussa e trattenuta in decisione all'udienza collegiale del 7 febbraio 2023

promossa da

ENI S.p.A. con sede in Roma, in persona del procuratore, avv. Domenico Polizzi giusta procura notarile, notaio Prof. Avv. Marco Sepe, rappresentata e difesa, dall'Avv. Paolo Bobbio Pallavicini ed elettivamente domiciliata presso il suo studio sito in Milano;

- Reclamante -

contro

Daniele Mattoli, rappresentato e difeso dagli avvocati Livio Neri e Alberto Guariso, presso il cui studio in Milano è domiciliato;

- Reclamato -

Mediatica S.p.A., con sede in Roma, in persona del legale rappresentante pro tempore Dott. Stefano Grilli, rappresentata e difesa dall'Avv. Stefano Salvato ed elettivamente domiciliata presso la sua casella PEC.

- Reclamata – reclamante incidentale -

OGGETTO: Reclamo ai sensi dell'art. 1 comma 58 L. 92/2012.

Conclusioni per Eni S.P.A.:

“Voglia l'Ecc. Corte D'Appello, per i motivi di cui in narrativa, accogliere il proposto reclamo e, per l'effetto, in riforma integrale della sentenza n. 327/2022 del Tribunale di Pavia nell'ambito del giudizio R.G. n. 458/2022: In via preliminare: - accertata e dichiarata l'inapplicabilità del rito alla domanda giudiziale formulata dal ricorrente e/o la carenza di legittimazione passiva e/o della titolarità passiva in capo ad Eni S.p.A., per i motivi tutti di cui in narrativa, in riforma dell'ordinanza del Tribunale di Pavia, sezione Lavoro del 08.03.2022, assunta all'esito del procedimento sommario



R.G. n. 1215/2022, nonché della sentenza oggetto di gravame, n. 327/2022 Trib. Pavia, respingere le domande giudiziali di Davide Mattoli. In via principale in riforma dell'ordinanza resa in data 08.03.2022 dal Tribunale di Pavia, Giudice del Lavoro dott. Gabriele Allieri, nella causa R.G. n. 1215/2020, nonché della sentenza oggetto di gravame, n. 327/2022 Trib. Pavia, resa dal Giudice del Lavoro dott.ssa Donatella Oneto, accertato che: - il signor Davide Mattoli non è mai stato, neppure di fatto, dipendente di Eni S.p.A., bensì dipendente della società Mediatica S.p.A.; - e/o il signor Mattoli è stato legittimamente licenziato per superamento del periodo di comporto previsto dal CCNL di settore, da Mediatica S.p.A., con intimazione del 16.07.2020; respingere le domande tutte formulate da controparte nel ricorso ex art. 1, co. 48 L. 92/2012 notificato in data 24.11.2020, nonché nelle memorie difensive depositate nel procedimento di opposizione all'ordinanza sommaria R.G. n. 458/2022, in quanto infondate in fatto ed in diritto per i motivi di cui in narrativa. In subordine: nella denegata e non creduta ipotesi in cui il Giudice ritenga di confermare in tutto o in parte la sentenza oggetto di reclamo, disporre la parziale riforma, accertando e dichiarando Mediatica S.p.A. legittimato passivo del pronunciamento per cui è causa, quale datore di lavoro del sig. Mattoli, ovvero in caso di accoglimento, in 13 Sent. Trib. di Milano n. 2455/2014 tutto o in parte, delle domande giudiziali del sig. Mattoli, condannare Mediatica S.p.A. quale datore di lavoro del lavoratore. In ogni caso: condannare il sig. Mattoli al pagamento delle spese di lite, anche della fase sommaria, oltre IVA e CPA, come per legge.”

Conclusioni per Daniele Mattoli:

“Voglia la Corte d'Appello adita, disattesa ogni contraria istanza ed eccezione, previo ogni più opportuno accertamento e declaratoria, rigettare il reclamo proposto da E.N.I. s.p.a. ed il reclamo incidentale proposto da MEDIATICA s.p.a. e per l'effetto confermare la sentenza n. 327/2022 del 24.10.2022, emessa tra le parti dal Tribunale di Pavia, sezione lavoro, nel giudizio RG 458/2022, e tutti gli accertamenti e le statuizioni di condanna nella stessa contenute, salvo per la parte oggetto di impugnazione dal sig. Mattoli con il reclamo incidentale qui proposto e pertanto: a) accertare e dichiarare che tra il sig. Daniele Mattoli ed il reclamante principale ENI s.p.a. intercorre, a far data dal 14.6.2014 ed alle condizioni indicate nella presente memoria, un rapporto di lavoro subordinato a tempo pieno e indeterminato; b) accertare e dichiarare la nullità e/o inefficacia e/o illegittimità del licenziamento comminato nei confronti del sig. Daniele Mattoli in data 16.7.2020; e per l'effetto: in via principale ed in accoglimento del presente RECLAMO INCIDENTALE: c) accertato il carattere discriminatorio del licenziamento intimato al sig. Daniele Mattoli: condannare ENI s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, o in subordine (in caso di rigetto della domanda sub a) e previa eventuale conversione del rito) Mediatica s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, a reintegrare il sig. Mattoli nel posto di lavoro ed a pagargli, a titolo di indennità risarcitoria ex art.18, comma 1, S.L. (o in subordine ex art.2 D.Lgs. 23/2015 in caso di conversione del rito o comunque di sua ritenuta applicabilità), una somma pari alla retribuzione globale di fatto maturata e maturanda dal giorno del licenziamento e sino a quello dell'effettiva reintegrazione, da calcolarsi sull'importo mensile di € 1.635,55 ovvero sul diverso importo, maggiore o minore, ritenuto di giustizia, oltre al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali ai sensi dell'art. 18, comma 1, S.L. (ex art.2 D.Lgs. 23/2015 in caso di conversione del rito o comunque di sua ritenuta applicabilità); in via subordinata: d) condannare ENI s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, o in subordine (in caso di rigetto della domanda sub a) e previa eventuale conversione del rito) Mediatica s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, a reintegrare il sig. Mattoli nel posto di lavoro e a pagargli, a titolo di indennità risarcitoria ex art.18, comma 4, S.L. (ex art.3, co.2, D.Lgs. 23/2015 in caso di conversione del rito o comunque di sua ritenuta applicabilità), una somma pari alla retribuzione globale di fatto maturata e maturanda dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, da calcolarsi sull'importo mensile di € 1.635,55 ovvero sul diverso importo, maggiore o minore, ritenuto di giustizia, oltre al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali ai sensi dell'art. 18, comma 4, S.L. (ex art.3, co.2, D.Lgs. 23/2015 in caso di conversione del rito o comunque di sua ritenuta applicabilità); in via ulteriormente subordinata: e) condannare ENI s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, a pagare al sig. Mattoli, a titolo di indennità risarcitoria ex art. 18, comma 5, S.L., una somma che il Giudice vorrà determinare tra 12 e 24 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto del ricorrente, da calcolarsi sull'importo mensile di € 1.756,70 ovvero sul diverso importo ritenuto di giustizia o, in ulteriore subordine, condannare l'opponente principale, in persona del legale rappresentante pro tempore, a pagare al sig. Mattoli, a titolo di indennità risarcitoria ex art. 18, comma 6, S.L., una somma che il Giudice vorrà determinare tra 6 e 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto del ricorrente, da calcolarsi sull'importo mensile di € 1.891,83, ovvero sul diverso importo ritenuto di giustizia. in subordine, in caso di rigetto della domanda di cui al paragrafo b) e pertanto di accertata legittimità del licenziamento intimato da Mediatica s.p.a. all'odierno reclamato, ma di conferma del capo della



sentenza impugnata con la quale è stata accertata la sussistenza tra l'odierna reclamante principale ed il sig. Daniele Mattoli di un rapporto di lavoro subordinato a tempo pieno e indeterminato con decorrenza dal 23.6.2014 (o dalla diversa data che dovesse risultare di giustizia all'esito del presente giudizio), previa eventuale conversione del rito nell'ordinario rito del lavoro di cui all'art.414 c.p.c.: f) accertare e dichiarare l'inesistenza o comunque la nullità di qualsivoglia atto interruttivo dell'accertato rapporto di lavoro subordinato a tempo pieno e indeterminato instaurato tra ENI s.p.a. ed il sig. Mattoli in data 23.6.2014 (o dalla diversa data che dovesse risultare di giustizia all'esito del presente giudizio); e conseguentemente: g) dare atto che il rapporto di lavoro tra il sig. Daniele Mattoli e la reclamante E.N.I. s.p.a. è tuttora in corso; h) ordinare ad E.N.I. s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, di riammettere il sig. Daniele Mattoli sul posto di lavoro alle medesime condizioni in essere prima del 16.7.2020 (con riserva di agire in sperato giudizio per il riconoscimento delle differenze retributive maturate dallo stesso prima di tale data in ragione delle mansioni svolte e degli orari osservati) e, comunque, a corrispondergli le retribuzioni da tale data (o in subordine dalla data del 4.8.2020 o dalla successiva data che dovesse essere ritenuta di giustizia) e sino all'effettiva riammissione in servizio, sulla base dell'importo lordo mensile (con riserva di diversa quantificazione in separato giudizio) di € 1.635,55. Con interessi legali e rivalutazione monetaria dalle singole decorrenze al saldo effettivo. Con vittoria di spese di lite del presente grado di giudizio, da distrarsi in favore dei sottoscritti procuratori che si dichiarano antistatari.”

Conclusioni per Mediatica S.P.A.:

“Voglia questa Ecc.ma Corte di Appello di Milano, ogni contraria eccezione e deduzione disattesa e previa riforma della sentenza n. 327/2022 emessa dal Tribunale di Pavia: - in via preliminare, disporre la conversione del rito processuale, stante l'inapplicabilità del cd rito Fornero, con ogni conseguenza di legge; - nel merito ed in via principale, accertata la legittimità del contratto di subappalto di fornitura di servizi informatici tra la Mediatica S.p.A. e la Eni S.p.A. ed accertata la legittimità del licenziamento intimato dalla Mediatica S.p.A. nei confronti del Sig. Mattoli, dichiarare infondate in fatto e in diritto, e comunque sformate di prova, tutte le pretese formulate dal Sig. Mattoli nel corso della fase sommaria; - nel merito ed in via subordinata, per tutte le ragioni dedotte in premessa, nella denegata e non creduta ipotesi di accertamento dell'illegittimità del licenziamento intimato dalla Mediatica S.p.A. nei confronti del Sig. Mattoli, condannare il datore di lavoro alla tutela risarcitoria, di cui all'art. 3, comma 1 del D.Lgs. n. 23 del 2015, nella misura minima di sei mensilità. - in ogni caso con condanna del Sig. Mattoli alla restituzione di quanto allo stesso corrisposto dalla Mediatica S.p.A. a titolo di spese legali in ottemperanza all'ordinanza pronunciata dal Tribunale di Pavia in data 8.03.2021 nel giudizio RG n. 1215/2020 ed alla sentenza emessa dal Tribunale di Pavia in data 24.10.2022 nel giudizio RG n. 458/2022, pari rispettivamente ad Euro 4.653,13 e ad Euro 5.836,48 ovvero, in via del tutto subordinata, con compensazione delle spese legali relative al giudizio di opposizione recante numero di ruolo generale 458/2022. Con vittoria di spese, competenze e onorari di causa anche con riferimento alle precedenti fasi (sommaria e opposizione) del primo grado di giudizio.”

Fatto e motivi della decisione

Con la sentenza n. 327/2022, il Giudice del Lavoro del Tribunale di Pavia ha respinto, condannando le due Società a rifondere la metà delle spese del grado, le opposizioni principale e incidentale rispettivamente promosse da ENI SPA e da Mediatica SPA nei confronti dell'ordinanza conclusiva della fase sommaria del rito Fornero con la quale, in parziale accoglimento del ricorso proposto da Daniele Mattoli, il Tribunale aveva accertato che tra il Mattoli e l'ENI intercorreva un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato decorrente dal 23 giugno 2014 ed, esclusa la sussistenza di una ipotesi discriminatoria, aveva annullato il licenziamento impartito al ricorrente dalla Società Mediatica con lettera del 16 luglio 2020, condannando quindi ENI -riscontrata quale reale datrice di lavoro- a reintegrare il Mattoli nel posto di servizio ricoperto in costanza dell'appalto assegnato da ENI alla Ditta Mediatica quale appaltatrice presso la quale il prestatore era formalmente alle dipendenze e a corrispondergli ex art. 18 comma 4 in relazione al comma 7 L. 300/1970 un'indennità risarcitoria commisurata a 12 mensilità della



retribuzione globale di fatto oltre al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali e alla rifusione di un mezzo delle spese di lite.

Nel manifestare adesione al contenuto e agli argomenti esplicitati nell'ordinanza opposta, il Tribunale ha quindi disatteso la questione sollevata dalle due Società a proposito del rito processuale adottato nella prima fase del procedimento poiché era stata corretta e non intaccata dai rilievi formulati dalle interessate in sede di opposizione, la scelta del precedente Giudice di dare corso, dopo una prima conversione del processo secondo le ordinarie regole del rito del lavoro, alla trattazione della controversia seguendo i criteri processuali dettati dalla L. n. 92/2012 di cui si era avvalso il ricorrente al momento della presentazione della domanda di contestazione e di tutela nei confronti del licenziamento impartito da Mediatica per via del superamento del periodo di comperto contrattualmente previsto.

Anche per il Giudice investito dalla fase a cognizione piena, bisognava infatti rifarsi alla prospettazione formulata dal lavoratore interessato specie perché questi, al momento di intraprendere l'azione, aveva dedotto e chiesto di accertare che la sua relazione lavorativa in realtà faceva strettamente capo a ENI sin dall'anno 2014 (dal 23 giugno 2014, come espressamente accertato con l'ordinanza di chiusura della prima fase), sotto questo profilo temporale per giunta sorta prima dell'ingresso del D.Lgs n. 23/2015 entrato in vigore l'8 marzo 2015. Si doveva in tal modo prescindere dai criteri applicativi previsti da quest'ultima fonte legale poiché il dato da privilegiare non era rappresentato dalla circostanza del rapporto di lavoro a tempo indeterminato sorto proprio l'8 marzo 2015 in costanza della relazione intrattenuta dal Mattoli presso Mediatica quale effetto della conversione del pregresso contratto a termine che legava il lavoratore a tale Società.

Ai fini dell'applicazione del rito processuale speciale di cui alla Legge Fornero, era invece determinante il criterio della prospettazione operata dal Mattoli con riferimento a una fattispecie di lavoro dipendente avviatasi nel 2014 alle dipendenze della Società ENI rimasta coinvolta, in pratica quale pseudo-appaltante, nell'ambito di una illecita somministrazione di manodopera esperita dalla Società Mediatica che, in esecuzione dell'apposito appalto, aveva avviato il suo dipendente a operare come Escorting presso il Green Data Center di ENI lasciando poi che il lavoratore fosse completamente sottoposto al regime organizzativo e direttivo fissato dalla Società utilizzatrice.

Con la sentenza (seguendo l'ordine delle questioni trattate), il Tribunale di Pavia ha condiviso anche il riscontro dell'illecita ipotesi di intermediazione di manodopera per come ricavata dal Giudice del sommario rifacendosi al significativo contenuto di tutte le testimonianze assunte nel corso della prima fase del procedimento.

Al proposito, era stato infatti posto in evidenza, specie da parte di taluni dipendenti di ENI, come questo Ente si fosse determinato per inserire il Mattoli nell'alveo di un servizio tecnico-informatico ove il lavoratore era tenuto ad assecondare, non solo le direttive organizzative e di servizio promanate da ENI ma anche le sue disposizioni cogenti e non scovre di taluni tipici risvolti di un tipico potere conformativo e disciplinare dell'Azienda utilizzatrice che, a quel punto, aveva finito per rivestire un ruolo datoriale così completo da farle sopportare le conseguenze del licenziamento illegittimo promanato il 16 luglio 2020 da parte della formale titolare del rapporto



Mediatica SPA che, a motivo dell'atto risolutorio, aveva addotto la ragione del superamento del periodo di comporta da parte del Mattoli.

Con riguardo dunque all'illegittimità del recesso, il Giudice dell'opposizione ha parimenti fatto propri gli argomenti dedotti dal Magistrato che lo aveva preceduto poiché questi, dopo aver riscontrato un pieno e innegabile superamento da parte del Mattoli del periodo di conservazione del posto di lavoro per come contemplato nel CCNL per il Personale Dipendente da Imprese Esercenti Servizi di Telecomunicazione, aveva poi esattamente colto una rilevante discrasia temporale tra quest'ultimo dato di fatto e la determinazione di Mediatica di recedere dalla relazione lavorativa sulla base della causale addotta dall'Azienda siccome espressa, senza congrue ragioni giustificative e motivazioni, ben oltre quattro mesi dopo la verifica del presupposto legittimante ex art. 2110 comma 2 c.c., peraltro, anche dopo aver ingenerato nel dipendente, per via del suo complessivo contegno, ampi margini di affidamento circa la conservazione del posto.

Non ultima tra le questioni rilevanti di causa, in realtà la prima ad essere stata trattata dal Giudice della fase sommaria, il Tribunale nella sua pronuncia finale ha quindi condiviso il passo della precedente ordinanza che, disattendendo quanto precipuamente postulato dal ricorrente, aveva negato la ricorrenza di una fattispecie di licenziamento discriminatorio sotto la specie di una discriminazione indiretta in pregiudizio del lavoratore siccome gravato da una patologia (una severa forma depressione maggiore, a sua volta indotta da una altrettanto grave affezione dermatologica) tale da costringerlo a delle lunghe assenze per malattia obiettivamente in grado di concretare la causale risolutoria ex art. 2110 cit. alla stregua di una misura e di un esito di ordine apparentemente neutro, ma nella specie più che mai significativamente influenzati da una personalissima condizione di svantaggio a carico del prestatore tale da dar fisiologicamente luogo alla quella fattispecie di discriminazione indiretta posta in risalto dalla difesa del Mattoli nella sua accezione più tipica.

Aggiungendo la notazione per cui nella specie la 'depressione maggiore' non integrava gli estremi di una condizione patologia pressoché coincidente con lo stato di disabilità dedotto dalla difesa del lavoratore alla stregua di un handicap, nella sentenza odiernamente reclamata il Tribunale ha finito per privilegiare, sotto questo profilo in piena sintonia col primo Giudice -che però aveva ravvisato l'handicap ma aveva escluso il concretarsi della discriminazione indiretta in ragione della valenza del deficit conoscitivo/rappresentativo maturato in capo all'autrice dell'atto estremissimo, Mediatica, altrimenti tenuta ad adottare accomodamenti ragionevoli e appropriati alla vicenda concreta, come il rendere inoperanti per il Mattoli i termini del comporta-, solamente la connotazione dell'illegittimità del recesso lampantemente ricavabile dall'indebita manifestazione della prerogativa risolutoria ben oltre lo spazio deliberativo implicitamente assegnato all'Azienda al cospetto di una ipotesi di recesso per superamento del periodo di comporta ai sensi dell'art. 2110 comma 2 cit., secondo quanto da tempo posto in luce dalla Corte di Cassazione (v. il riferimento a Cass. n. 25535/2018).

Assecondando tale ultimo elemento di convincimento per come tratto dal Giudice della fase sommaria oltre a quello della non riscontrabilità di una fattispecie discriminatoria, anche la sentenza conclusiva del giudizio ha dunque finito per concludere che gli effetti ripristinatori e risarcitori del licenziamento illegittimo non



potevano che essere addebitati all'unica e vera titolare del rapporto di lavoro che, come sopra osservato, era rappresentata da ENI SPA, tenuta pertanto ad apprestare nei confronti del Mattoli la tutela di cui al 4° comma in relazione al 7° comma dell'art. 18 St. Lav. sotto la voce indennitaria corrispondente a 12 mensilità della retribuzione globale di fatto di cui all'inizio si è detto.

La pronuncia che ha concluso il procedimento è stata impugnata da ENI che, nel chiedere la sua riforma mediante il rigetto integrale della domanda fatta valere dal Mattoli in primo grado, ha proposto le seguenti doglianze.

In prima analisi, l'Ente ha riproposto il tema della sua carenza di legittimazione passiva rifacendosi alla genuinità dei contratti di appalto grazie ai quali il Mattoli era stato cooptato per prestare i servizi assicurati da Mediatica.

La parte richiama l'esternalizzazione dell'attività propria del settore ove aveva operato il dipendente dell'appaltatrice, un'attività che, per sua natura e finalità, doveva efficacemente integrarsi col ciclo produttivo di ENI e che, di fatto, non poteva essere rettammente irregimentata dall'esercizio di prerogative di eterodirezione da parte della committente, come si sarebbe potuto desumere dagli accertamenti istruttori censurabilmente espunti in primo grado.

Con il secondo motivo, la reclamante sostiene la legittimità del recesso promanato da Mediatica poiché, nel licenziamento in ragione del superamento del periodo di comporto, l'interesse del lavoratore ad acquisire certezza in ordine al contegno e alle scelte della controparte datoriale in proposito, andava temperato col ragionevole spazio deliberativo aziendale per come contraddistinto dalla legittima valutazione della compatibilità, rispetto agli interessi aziendali, della persistente presenza del sottoposto nel contesto del servizio demandatogli.

Con una ulteriore critica, ENI si duole di non aver potuto esternare efficacemente i suoi oneri difensivi in quanto mortificati dai mutamenti del rito disposti dal primo Giudice, escluso che quello pertinente al caso concreto potesse essere il rito Fornero erroneamente applicato dal Tribunale in carenza di elementi giustificativi.

Costituitasi in giudizio, Mediatica, mostrando di aderire al senso delle critiche svolte dalla reclamante principale, chiede con reclamo incidentale la parziale riforma della sentenza poiché lesiva dei suoi diritti datoriali.

In primo luogo, questa Società insiste per l'inapplicabilità del rito Fornero in quanto, pur non dolendosi di lesioni al suo diritto di difesa, la revisione processuale attuata dal Tribunale, aveva determinato l'applicazione della tutela reintegratoria ex art. 18 comma 4 al posto di quella più circoscritta di cui al D.Lgs. n. 23/2015 quale fonte appropriata alla fattispecie in esame siccome contraddistinta dall'insorgenza di un'assunzione a tempo indeterminato del Mattoli risalente a non prima dell'8 marzo 2015 e quindi esattamente postasi sotto la sua vigenza.

È stato altresì richiamato l'orientamento per cui le domande relative all'accertamento della costituzione di diversi e ulteriori rapporti di lavoro con datori distinti da quello formale, sono estranei al rito Fornero in ragione della sua specialità.



Gli ulteriori motivi di reclamo vertono sulle stesse questioni poste da ENI e si sono tradotti nella riproposizione di doglianze analoghe a quelle proposte da quest'ultima Società, fatta eccezione per quella relativa all'istanza sulla compensazione delle spese di lite quale pronuncia giustificata dalla soccombenza reciproca in sede di opposizione dato che ivi era stata disattesa anche l'opposizione incidentale promossa dal lavoratore allo scopo di fare valere il carattere discriminatorio del recesso.

Daniele Mattoli si è costituito ed esprimendo, tramite la confutazione degli assunti avversari, le sue ragioni di condivisione della decisione impugnata, ha proposto a sua volta reclamo incidentale volto al riscontro della natura discriminatoria del licenziamento patito, in uno con la tipologia di tutela in tale caso apprestata dall'art. 18.

>:<

Il Collegio ritiene che le censure formulate dalle due Società ENI e Mediatica non possano trovare accoglimento sotto alcuno dei profili fatti valere, mentre hanno pregio gli argomenti addotti dalla difesa del lavoratore per l'individuazione di una fattispecie discriminazione indiretta tale da ricondurre il tipo di tutela applicabile nei confronti del licenziamento del 16 luglio 2020 nell'alveo dei primi due commi dell'art. 18 L. 300/1970, trattandosi di un licenziamento nullo e suscettibile della relativa forma di tutela.

In prima analisi, è opportuno sbarazzarsi della sterile questione circa il rito applicabile per come essa è stata proposta in chiave critica da parte delle due Società reclamanti.

Dopo la prima conversione apprestata dal Giudice della fase sommaria per convogliare la trattazione del processo secondo le regole proprie del rito di cui agli art. 414 e segg. c.p.c, anziché secondo il rito ex L. n. 92/2012 selezionato dal Mattoli per conseguire la tutela apprestata dall'art. 18 nella versione risultante dalla sua modifica ad opera della stessa fonte del 2012, il Tribunale ha ricondotto la trattazione della controversia all'ambito coperto dalla Legge Fornero, tenuto conto che l'interessato se ne era particolarmente avvalso poiché, in base a quanto da egli ritenuto e prospettato, il Mattoli intendeva senz'altro fare valere gli effetti di una vicenda lavorativa avente radice proprio nella fattispecie di lavoro subordinato sorta coi crismi della relazione a tempo indeterminato nel giugno del 2014 e con imputazione soggettiva del rapporto di lavoro in capo a ENI per effetto della forma di utilizzazione professionale irregolarmente avvenuta in spregio dei criteri tesi a impedire la fornitura illecita di manodopera da parte di un soggetto appaltatore.

Questa, dunque, era la rappresentazione fattuale che il Giudice adito avrebbe dovuto vagliare in base alla domanda formulata dal lavoratore e dalla quale il primo Giudice non avrebbe potuto prescindere (per via della cogenza di principi fondamentali di matrice costituzionale oltre che processuale che è superfluo richiamare) andando perciò il Tribunale a risolvere finalmente il caso, secondo le regole della prospettazione, tenuto conto che *(i)* il lavoratore aveva dedotto che il suo rapporto era in realtà sorto in capo a ENI per la ragione che si è appena detta; *(ii)* che sotto questa precisa angolazione si trattava di svolgere un accertamento preliminare a tutti gli effetti espletabile mediante l'adozione del rito Fornero, trattandosi di un accertamento strettamente prodromico alla risoluzione della questione di base sul



licenziamento; *(iii)* che, a quel punto, il tema di causa era convogliato sotto la previsione delle tutele ex art. 18 cit. quale norma cardine applicabile ai licenziamenti verificatisi con incidenza sulle relazioni lavorative sorte in costanza del suo imperio.

Se poi fosse stato appurato che non era quello il caso, allora l'avvio del giudizio alla luce delle previsioni processuali dettate dalla legge del 1992 non sarebbe stato affatto inutile e pregiudizievole solo per via della selezione dello strumento processuale per fare valere il diritto, dato che la soluzione ben poteva essere apprestata alla luce della fonte di riferimento che, nell'ottica della due Imprese, era costituita -ma a torto per come ritenuto del Tribunale- dal D.lgs. n. n. 23/2015 dato che in sede difensiva era stato eccepito come il rapporto di lavoro a tempo indeterminato fosse sortito dalla conversione di quello iniziale a termine, così come avvenuta proprio sotto l'imperio di quest'ultima fonte regolatrice.

L'analisi del tema di impugnazione potrebbe arrestarsi a questo punto, senza trascurare il non tralaticio argomento dell'ultrattività del rito, tra le altre, ribadito anche da Cass. Ordinanza del 12 ottobre 2021 n. 27848 per cui, nella sostanza, il principio di ultrattività del rito comporta che se il giudice abbia trattato la causa seguendo un dato rito, anche se errato, il giudizio deve proseguire nelle stesse forme e che l'accertamento di quali forme processuali siano state in concreto adottate compete al giudice del merito, condizionando anche la valutazione sulla tempestività dell'impugnazione.

Quella che appena precede, rappresenta una supplementare ragione per sancire la carenza di fondamento della critica non supportata da alcuna pratica utilità, neppure quella rappresentata dalla Società Mediatica dato che una cosa è lo strumento processuale e un'altra è il merito della questione posta quale oggetto di causa.

Pare al Collegio che nessuna delle parti coinvolte nel presente giudizio abbia fatto questione del superamento del periodo di comporto in sé e per sé considerato e per come risolto dal Tribunale che, nell'unitaria delibazione ricavabile dal contenuto delle due pronunce, ha accertato che non era conferente alla fattispecie l'evenienza dell'allungamento del periodo di comporto previsto dall'art. 36 del Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro per il Personale Dipendente da Imprese Esercenti Servizi di Telecomunicazione nella parte del punto 10) riferita ai 365 giorni del diritto alla conservazione del posto di lavoro laddove si verifichi un superamento *a causa di un evento morboso continuativo caratterizzato da assenza ininterrotta, o interrotta da un'unica ripresa del lavoro per un periodo non superiore a due mesi, il periodo di conservazione del posto ed il relativo trattamento retributivo sono prolungati sino ad un massimo di ulteriori 120 giorni di calendario.*

Il termine per la conservazione del posto di lavoro, checché se ne sia potuto dire, era realmente scaduto 24 febbraio 2020 onde la datrice di lavoro quella che all'epoca ne rivestiva ancora e di fatto il ruolo formale, da quel momento poteva fruire di un ragionevole spazio temporale per decidere se avvalersi o meno della prerogativa riservata dal secondo comma dell'art. 2110 c.c.; 'ragionevole' perché a tale connotazione ha dato risalto la giurisprudenza, tra tutte quella richiamata dal Giudice dell'ordinanza, quale discrimine tra legittimo uso o arbitrario impiego del potere di recedere dal rapporto di lavoro intercorrente col sottoposto assentatosi dal servizio oltre il consentito.



La questione che qui si innesta è quella di una malattia e di un conseguente stato menomativo assumibile, date la sua consistenza ed entità invalidanti, quale presupposto di base di una discriminazione indiretta nei corretti termini su cui si è ampiamente diffuso il Giudice della fase sommaria per impostare il problema in ultimo risolto negando la possibilità di riscontrare il caso discriminatorio propostogli dal lavoratore interessato.

Ad avviso del Collegio, la considerazione compiuta in seconda istanza dal Tribunale per escludere nella patologia depressiva accusata dal Mattoli una connotazione astrattamente invalidante, è superficiale e priva di basi mediche e scientifiche a meno di non voler svalutare oltre un secolo di studi clinici sul punto, quale dato di comune esperienza assoggettabile, peraltro, a valutazioni di stampo concreto e molto prudenti.

Correttamente, il Tribunale occupatosi della fase sommaria aveva ascritto alla patologia un'incidenza invalidante poiché era dimostrato che essa aveva apportato al malato (che aveva pure assecondato un pratica suicidaria) un serio deficit nella conduzione di tutte le attività di vita relazionali, segnatamente quelle più comunemente insorgenti nel corso del rapporto lavorativo, da cogliere pertanto in termini di disabilità e quindi alla vera e propria base di un condizione di 'handicap' nella definizione che di questo fenomeno umano è stata data in sede eurocomunitaria per via degli approdi cui si è doviziosamente rifatto il primo Giudice.

Lo snodo successivo del suo ragionamento è stato quello riferito agli 'accomodamenti ragionevoli' -come si sa, anch'essi frutto dell'elaborazione giurisprudenziale, prima di tutto europea- ovvero sia quegli accorgimenti, presidi e pratiche idonei a demolire, senza detrimento per gli interessi della parte datoriale, gli ostacoli in grado di mortificare tutte le potenzialità manifestabili dal lavoratore nella pratica della sua occupazione, trattandosi perciò di rimedi richiesti sulla base del concetto di solidarietà umana e sociale ed assegnati alle cure della parte datoriale in guisa di obbligazioni connaturate al piano funzionale della relazione lavorativa e pienamente suscettibili di essere soppesate in termini di corretto adempimento, né più, né meno che seguendo lo schema di imputazione di responsabilità dettato dall'art. 1218 c.c..

Nella specie, a ragione, si è ritenuto che l'unico presidio funzionale allo scopo, per come era connotato il caso del Mattoli quale soggetto non impedito da 'barriere' fisiche ma da un'afflizione contrastabile accedendo a forme di tolleranza della sua malattia, sarebbe stato quello di annullare o perlomeno affievolire la rigidità della fonte contrattuale sul comparto e sul suo termine in modo da favorire il lavoratore rispetto alle assenze indotte dal suo stato minorativo.

Il Tribunale ha tenuto conto di questi peculiari aspetti, ma è giunto alla determinazione, in allinea con la concezione espressa nella prima fase del procedimento, che occorre pur sempre rifarsi a quell'orientamento che finiva per attenuare la responsabilità derivante in capo al datore dall'integrazione degli estremi puramente oggettivi di un fatto discriminatorio -nella specie, per quel che si è detto, si erano palesati i tratti di una discriminazione indiretta- per il solo fatto rappresentato dal puro e semplice profilarsi, nella realtà delle cose, di una condotta omissiva discriminatoria visto che alcun rimedio aveva assunto la Ditta al cospetto del lavoratore in quei modi svantaggiato.



Più in specifico, onde evitare l'affermarsi di una fattispecie di responsabilità oggettiva puramente derivante dal nesso di causalità per via della mancata adozione degli 'accorgimenti' utili a rendere possibile il superamento della condizione ostacolante che affliggeva il lavoratore, in sede decisoria è stata assegnata prevalenza al fattore soggettivo ossia alla radicale mancanza di conoscenza che la Società aveva del tutto credibilmente maturato circa le reali condizioni di salute del suo dipendente e sulla loro incidenza nella quotidiana pratica lavorativa, uno stato di ignoranza ritenuto giustificabile e, per altro verso, ostantivo in ordine all'assunzione di condotte volte all'eliminazione del fenomeno che, se non affrontato, avrebbe indotto a cascata i suoi effetti sull'imperturbato trascorrere del periodo di preavviso in pregiudizio del lavoratore.

La tesi, pur ancorata a una dogmatica impeccabile, non può essere condivisa poiché in questa, come in altre similari fattispecie, occorre inevitabilmente rifarsi al piano su cui opera la responsabilità contrattuale del datore di lavoro in base alla norma cardine del sistema ex art. 1218 c.c. : ammesso che l'Azienda fosse stata tenuta all'oscuro della patologia depressiva gravemente ostacolante, prima di tutto per il suo riserbo comprensibilmente ricordato dal lavoratore all'esigenza di non rendere manifesta la sua menomazione, quel che appare deficitario nello schema di imputazione di responsabilità contrattuale, è la parimenti deficitaria allegazione dell'esimente valevole a liberare il debitore dall'adempimento che gli era richiesto.

In tale senso la Ditta Mediatica, proclamatasi all'oscuro dei profili e degli impedimenti indotti da quello che a tutti gli effetti integrava uno stato di disabilità dotato della stessa identica portata di un handicap, anche ammesso ma non concesso che lo fosse dato che sul punto sembrano essersi palesati solo dei semplici indizi dello stato di ignoranza tra cui l'assenza di segnali conoscitivi da parte del malato non seguiti da parte aziendale da alcuno degli approfondimenti più che mai consigliati a fronte di un individuo assentatosi per mesi dal servizio (un servizio rivolto all'adempimento dell'appalto intercorrente con ENI, per giunta e con tutti i riflessi del caso in capo alla Società esecutrice), avrebbe dovuto provare le uniche due esimenti previste dall'art. 1218 c.c. per integrare il concetto di 'causa non imputabile' o quantomeno (accedendo a una teorica risalente) di avere fatto tutto il possibile per scongiurare l'inadempienza.

Se non altro, in presenza di una patologia priva di nome ma che di fatto costringeva il Mattioli alle lunghe assenze alla fine recanti al superamento del compito, la datrice di lavoro avrebbe dovuto fornire la prova della sua piena impossibilità di attivarsi o, quantomeno, diligentemente appurare il reale stato di salute del dipendente e la portata delle complicazioni che, all'evidenza, lo affliggevano, come ben sarebbe stato possibile : in pratica, cooperare nel senso fondamentalmente imposto, tra l'altro, dall'art. 2087 c.c. non fosse altro perché uno stimolo in ordine a questo tipo, affatto oneroso, di approfondimenti proveniva proprio dalle evidenti difficoltà operative che il Mattoli con le sue assenze stava credibilmente creando all'Impresa o meglio alle due Imprese legate dal tipo di appalto in essere.

Come ha ricordato il Giudice primariamente investito da questa controversia, questa stessa Corte territoriale nella sentenza n. 301/2021 si era soffermata sulla portata oggettiva del fattore discriminante osservando che *“la discriminazione, diretta o indiretta che sia, opera sempre su di un piano puramente oggettivo possedendo per*



questa ragione delle connotazioni negative che vanno al di là della pura e semplice consapevolezza in capo al soggetto agente in ordine ai presupposti del fenomeno, ai suoi effetti e al suo disvalore giuridico oltre che umano e sociale : basta in pratica che si manifesti con effetti nella sfera soggettiva della “vittima” un fatto di per sé foriero di una valenza discriminatoria perché esso operi lasciando spazio ai mezzi di tutela ordinamentali”.

Alla luce di quel che sopra si è precisato a proposito di una soluzione che deve pur sempre muovere dal criterio soggettivo di imputazione della responsabilità civile da inadempimento, l’affermazione virgolettata che precede va intesa (e puntualizzata) alla luce proprio di questo, tant’è che nella fattispecie presa in esame in quel giudizio era stata affrontata una fattispecie concreta connotata da particolari problematiche conoscitive datoriali analoghe a quelle manifestatesi nel presente giudizio e di cui si era tenuto conto.

Posto che Mediatica, per quanto osservato, non ha assolto l’onere probatorio che le competeva sull’impossibilità di apprestare una soluzione tale da consentire il superamento della condotta discriminatoria più che sufficientemente palesatasi, il licenziato da lei comunicato con lettera del 16 luglio 2020 era esso stesso discriminatorio e richiedeva l’applicazione della tutela prevista dai primi due commi dell’art. 18 nella forma che risulta dal dispositivo in calce.

Per risolvere, a questo punto, l’ultimo tema portato dai due reclami proposti dalle Società in merito all’errata riconduzione degli effetti del recesso in capo a ENI SPA piuttosto che alla Società Mediatica, valga considerare che le censure non possono essere accolte a fronte dell’analisi tutt’altro che monca e imprecisa da parte del Tribunale sulle circostanze che avevano dato vita al caso di interposizione vietata foriero dell’imputazione del rapporto in capo a ENI.

Sul punto, questi gli argomenti esposti dal Giudice che per primo e maggiormente aveva affrontato la questione di un appalto risoltosi nell’aver di fatto convogliato il lavoratore alle dipendenze di ENI: *“I Tutti i testi escussi hanno rappresentato che Mediatica era totalmente estranea alle attività svolte dai suoi dipendenti presso il Green Data Center, non essendo coinvolta nei profili operativi propri dell’attività da loro svolta ed ignorandone financo lo specifico contenuto. Oltre a Daniele Lombi, dipendente di Mediatica presso il Green Data Center, il quale ha affermato che “rispetto allo svolgimento dell’attività da me svolta, Mediatica non è mai stata coinvolta. Io mi interfacciavo con Mediatica esclusivamente per motivi quali ferie, permessi, malattia. I turni erano stabiliti da Mediatica”, risultano decisive sul punto le dichiarazioni rese da Andrea Notari e Marco Massarotti, che in qualità di dipendenti di Eni si sono alternati nel monitoraggio dell’attività svolta dai dipendenti di Mediatica presso il Green Data Center. Andrea Notari, in particolare, dopo aver precisato di essersi occupato della raccolta delle informazioni che giungevano dai gruppi Eni, ha precisato che “esiste una casella mail – la casella di servizio – accessibile ai dipendenti di Mediatica e sulla quale transitavano tutte le richieste di lavoro, provenienti principalmente dai gruppi Eni (gruppi di progetto, di gestione, di controllo), e che io conoscevo perché ero in copia conoscenza in quanto dovevo fare da collettore di queste attività e dovevo occuparmi di gestirle a livello di priorità o interferenze con altri lavori in corso... La casella in cui arrivavano le richieste di intervento era accessibile, tra i dipendenti di Mediatica, ai soli membri del gruppo che lavoravano al Green Data Center. Ciò anche per motivi di sicurezza di Eni. Non v’erano altri dipendenti di Mediatica che vi accedessero e che dunque*



conoscessero le attività via via svolte dai dipendenti di Mediatica presso la struttura Eni". In termini convergenti, Massarotti ha rappresentato che "le richieste di attività rimesse al gruppo arrivavano su una casella di posta elettronica di Eni dedicata al gruppo di faceva parte Mattoli.

Tra i destinatari non c'era personale di Mediatica diverso dai membri del gruppo di cui Mattoli faceva parte. Mediatica non segue la parte tecnica del loro lavoro". Allo stesso modo, Marco Sciancalepore, dipendente di Eni e responsabile di tutti i servizi di comunicazione della società, ha precisato che "Mediatica aveva una macro-conoscenza delle attività svolte dai suoi dipendenti nel Green Data Center, in quanto si trattava di attività rientranti nell'accordo a monte. Il contenuto quotidiano della prestazione, corrispondente alle attività concordate a monte e derivante dalle richieste pervenute dai vari gruppi, non era noto a Mediatica. Il controllo sulla corretta esecuzione del servizio da parte del gruppo era rimesso ad Eni, perché Mediatica non vede le singole attività svolte". Mediatica, dunque, era estranea allo svolgimento del servizio da parte dei suoi dipendenti presso Eni. Non v'era alcun suo referente o preposto che si occupasse di indirizzarne l'operato affinché esso fosse aderente agli accordi con la committente. Del resto, Alessandro De Finis, dipendente di Mediatica con un ruolo di gestione del contratto d'appalto in base al quale Mediatica opera all'interno del Green Data Center, ha dichiarato di essere stato in quel luogo "qualche tempo fa, quando iniziava una risorsa. Avevo ereditato questa commessa e ne ho approfittato per capire di cosa si trattasse. È stata l'unica occasione in cui sono andato...Non ho evidenza del fatto che Mediatica sia a conoscenza delle attività in concreto svolte dai dipendenti. Mediatica sa di cosa si occupano a grandi linee in base all'oggetto del contratto che la lega ad Eni e al servizio che in forza di esso deve assicurare". 11.3.2 In effetti, analizzando le dichiarazioni dei testi rispetto all'identità del soggetto da cui provenivano le indicazioni operative, emerge che la loro paternità fosse ascrivibile esclusivamente ad Eni. Lo ha spiegato Notari, il quale ha riferito che "indicavo al personale del supporto tecnico, tra cui Mattoli, le attività da compiere in giornata. In sostanza, sulla base dei dati raccolti, indicavo a Mattoli, come agli altri membri del suo gruppo, le attività da svolgere ed eventuali preclusioni allo svolgimento immediato di una certa attività. Dopodiché il gruppo svolgeva le attività assegnate in autonomia. Se nel corso dello svolgimento dell'attività il gruppo riscontrava problemi tecnici si rivolgeva a me o a uno degli altri referenti. Faccio riferimento a problemi di carattere tecnico-operativo, sul contenuto dell'attività da svolgere...il criterio con cui il gruppo procedeva era di base un criterio cronologico; la prima richiesta era quella da evadere per prima. Non so dire chi abbia stabilito questo criterio, ma immagino sia un criterio stabilito tra Hp ed Eni. La deroga al criterio cronologico poteva arrivare o da me o da un altro referente. Se non arrivava da me, io comunque davo la conferma. Arrivavano molte richieste al giorno e bisognava canalizzarle. Se questo non poteva avvenire in base al solo criterio cronologico, ero io ad occuparmi di canalizzarle e il gruppo di lavoro si regolava in base a queste mie indicazioni". La dichiarazione combacia con quella resa da Sciancalepore, che sul punto ha chiarito che "Mattoli, come i membri del suo gruppo, prendeva contezza delle richieste di intervento nelle caselle di servizio. Laddove ci siano attività prioritarie su altre, è il personale di Eni ad indicarlo. Altrimenti viene stabilito un ordine cronologico". 11.3.3 È vero che dalle parole di Notari, cui in tal senso fa eco Massarotti, risulta che i dipendenti di Mediatica non ricevessero costanti istruzioni sul lavoro da svolgere, tanto che il primo riferisce che le attività venivano svolte in "autonomia" e il secondo che il gruppo di lavoratori di Mediatica "si autogestisce". È però altrettanto vero che, seppur con questa peculiarità, il



gruppo ricevesse comunque indicazioni operative - se non altro in caso di necessario scostamento dal criterio cronologico descritto dai testi - e che queste provenissero da Eni, che le indirizzava direttamente ai dipendenti di Mediatica presenti in loco, senza alcun diaframma rappresentato, per esempio, da un referente di Mediatica. Il dato è confermato anche da Lombi, che ha riferito che “il nostro riferimento era comunque Notari e dopo di lui è stato Massarotti. Costoro ci indicavano le attività da svolgere e come svolgerle”. D'altra parte, come chiarito dalla Cassazione, la sostanziale autonomia del gruppo va intesa come confermativa della mancanza d'esercizio del direttivo ed organizzativo in capo all'appaltatrice, ossia in capo al datore di lavoro formale dei lavoratori, i quali sono subordinati proprio perché assoggettati al potere direttivo altrui (che non può mancare mai), dovendosi escludere che costoro possano lavorare in condizioni di autonomia senza cessare di essere subordinati [cfr. Cass., n. 12551/2020, punto 4a della motivazione].

11.3.4 Sotto il profilo della formazione, se è vero che, come riferito da Notari, “le persone inviate da Mediatica erano già in grado di operare” e che, come riferito da Massarotti e parzialmente confermato dallo stesso Notari, “la formazione dei nuovi arrivi viene svolta dai membri preesistenti della squadra”, è altrettanto vero che proprio Notari ha comunque dato atto di aver fornito indicazioni dirette, di contenuto lato sensu formativo, ai dipendenti di Mediatica e, in particolare, a Mattoli. Egli ha ricordato che i nuovi addetti inviati da Mediatica “inizialmente «viaggiavano» o con me o con altri membri del gruppo di Mediatica già formati per comprendere aspetti di carattere logistico del posto. Il contenuto formativo da me offerto atteneva alla conoscenza degli aspetti logistici del luogo di lavoro e degli strumenti su cui il lavoro avrebbe finito per svolgersi...Io non ho formato nessun dipendente di Mediatica. Io ho solo dato indicazioni su «dove» si trovassero, su come orientarsi, su che tipo di apparati ci fossero. Ciò perché si trattava di soggetti già formati. Nel caso di Mattoli, la formazione è stata data da me e da Davide Lombi”. Quest'ultimo, addetto al Green Data Center da epoca anteriore rispetto al ricorrente, e al momento della sua assunzione unica risorsa presso quella struttura, ha d'altra parte dichiarato di essere stato formato proprio da Notari, che gli spiegò cosa fosse il Green Data Center, quali fossero le attività tipicamente svolte al suo interno e come utilizzare i software coinvolti; ha precisato quindi che “successivamente, quando sono arrivati altri soggetti mi sono occupato della loro formazione con la supervisione di Notari. Mi sono occupato io, insieme a Notari, della formazione di Mattoli”. È vero quindi che il personale inviato da Mediatica aveva un'esperienza o comunque conoscenza utili ad operare in un tale contesto, ma è altrettanto vero che, per farlo efficacemente, era necessaria una formazione «ulteriore» che, nella parte in cui non è stata autogestita dal gruppo, è stata impartita direttamente da Eni. In ogni caso, non risulta che Mediatica si sia occupata di questo profilo, senz'altro espressivo di un eventuale coinvolgimento concreto nel servizio appaltato.

11.3.5 È inoltre emerso, univocamente, che i dipendenti di Mediatica, e quindi Mattoli, operavano esclusivamente con strumenti forniti da Eni. Come riferito da Massarotti, all'interno del Green Data Center vi erano anche appositi “spazi dedicati al personale Mediatica. È l'ufficio del gruppo di cui fa parte Mattoli. Accede a quell'ufficio solo personale di quel gruppo”. 11.3.6 L'unico intervento di Mediatica, in definitiva, è risultato relativo, oltre che al pagamento delle retribuzioni e alla gestione amministrativa del rapporto, all'elaborazione dei turni di lavoro. Lo ha riferito De Finis e lo hanno confermato sia Notari che Massarotti. Si tratta però di un aspetto che, come sopra evidenziato allorché è stata richiamata la giurisprudenza della Cassazione in merito al divieto di intermediazione di manodopera, s'inscrive nell'attività volta ad assicurare la



continuità della prestazione ma che non esprime l'esercizio di quei poteri datoriali che, invece, risultano essere stati esercitati solo da Eni. 11.3.7 E, a conferma della posizione assunta da quest'ultima, nel totale silenzio di Mediatica, debbono richiamarsi le comunicazioni intercorse tra Eni e il gruppo di lavoratori di Mediatica addetti al Green Data Center, dal quale si evincono non solo indicazioni generali sull'attività da svolgere inoltrate alla casella di posta del gruppo e, in varie occasioni, anche ai suoi membri personalmente [cfr. doc. 10, 11, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 26, 27], ma anche puntuali direttive [cfr. doc. 25] e, financo, chiarimenti espressivi, di fatto, di una larvata minaccia di un provvedimento disciplinare. Si fa in particolare riferimento alla comunicazione, trasmessa anche personalmente a Mattoli, con cui Massarotti, nel precisare che l'utilizzo delle scarpe antinfortunistiche per l'intera durata del turno era tassativo, ha annunciato che il ripetersi della violazione di quest'indicazione "vi inibirà l'accesso al GDC in maniera definitiva" [cfr. doc. 28]. È emblematico anche il fatto che, all'esito di questa indicazione, il componente del gruppo di Mediatica addetto al Green Data Center che si era reso responsabile del mancato utilizzo di quelle scarpe, abbia scritto una mail a Fabiana Calderone, dipendente di Mediatica, con cui le ha precisato che i membri del gruppo avevano provveduto all'acquisto delle scarpe personalmente, senza che esse fossero state consegnate da Mediatica e senza che questa avesse nemmeno rimborsato la spesa. Nella stessa mail, il dipendente ha poi descritto la situazione lavorativa presso Eni sotto il profilo della sicurezza, così suggerendo (e confermando) che Mediatica ignorasse totalmente le caratteristiche essenziali del contesto entro cui i suoi dipendenti operavano [cfr. doc. 29]. 11.3.8 Tali aspetti concorrono ad acclarare i dati forniti dalle deposizioni testimoniali. È appena il caso di rilevare che essi hanno integralmente smentito le deduzioni delle convenute secondo cui nessun esponente di Eni avrebbe mai assunto alcun ruolo direttivo nei confronti dei dipendenti di Mediatica; in particolare, la circostanza allegata da quest'ultima, secondo cui i suoi dipendenti erano gestiti da Calderone e Cafiero, risulta priva d'ogni riscontro, visto che il ruolo di questi soggetti è risultato privo d'ogni conferma e che, piuttosto, rispetto a Cafiero - unico dei due di cui alcuni testi hanno fatto il nome - è risultato limitato alla gestione dei turni [cfr. deposizioni Lombi e De Finis]. 11.3.9 Seguendo quindi le indicazioni offerte dalla Cassazione in un caso che, mutatis mutandis, risulta del tutto affine a quello per cui è causa, il quadro istruttorio induce a ritenere che Mediatica abbia agito, esclusivamente, da soggetto intermediario, che, senza essere autorizzato allo svolgimento della somministrazione, si è limitato alla mera fornitura di manodopera, con lo stratagemma della stipula di un contratto di appalto di servizi ma, in realtà, eseguendo una tipica prestazione di dare (e non di fare, che è tipica dell'appalto). La società infatti, mediante l'elaborazione dei turni, si è occupata di predisporre un documento equivalente a una mera «lista di nominativi», ovvero di mere prestazioni di lavoro, che poi - in base a quanto già rilevato — Eni impiegava e, nelle modalità sopra descritte, dirigeva secondo le proprie necessità. Il tutto in mancanza persino di un incaricato di Mediatica che fungesse quanto meno da intermediario preposto e che interloquisse con il committente al di fuori di riunioni periodiche, dal contenuto generale e relative all'andamento complessivo del servizio. In assenza dell'esercizio del potere direttivo del datore formale, risulta quindi che Eni abbia dispensato direttamente ed in via unilaterale le indicazioni necessarie al personale di Mediatica per il lavoro da svolgere [cfr. Cass., n. 12551/2020]. 11.3.10 Il fatto che Eni non si occupasse di selezionare i lavoratori da inserire nei vari turni, e che dunque il suo agire fosse avulso da un elemento fiduciario, è poi un dato irrilevante, atteso che "per la configurazione dell'interposizione di manodopera o della somministrazione



illegale, effettuata attraverso la simulazione di un rapporto di appalto di servizi, non è necessario che il giudice accerti la presenza dell'elemento personale in capo al committente, in relazione alla scelta del personale, in quanto questo compito viene svolto a monte dall'intermediario (somministratore illegale o caporale, che può anche essere nei fatti un'impresa legale), il quale seleziona e reperisce la manodopera (la organizza e la disciplina, talvolta anche sul piano amministrativo) per metterla a disposizione del reale datore di lavoro che poi la dirige anche nella sostanza. Nell'interposizione vietata di manodopera, quindi, l'elemento fiduciario è presente, ma il più delle volte in relazione all'intermediario, essendo ciò consequenziale alla stessa fattispecie di costituzione formale del rapporto di lavoro subordinato con un soggetto diverso da quello che beneficia della prestazione” [Cass., n. 12551/2020]. 11.4 Mancano, in definitiva, i requisiti richiesti dall’art. 29, comma 1, d. lgs. 276 del 2003, ai fini della genuinità dell’appalto.”

L’analisi accurata anche di questo punto della vicenda è condivisa dal Collegio, in uno con la sua soluzione e, per quel che le compete, questa Corte ravvisa nelle critiche mosse dalla reclamante principale e dalla reclamante incidentale Mediatica un esercizio difensivo privo di concludenza se si considera che ENI, secondo le versioni di tutti i testi sentiti (non a caso è stato riprodotto il tenore della motivazione) aveva di fatto assunto l’integrale ‘governo’ delle attività operative esercitate dal Mattoli nell’ambito del data center della Società, trascurando soltanto gli aspetti gestionali attinenti ai profili amministrativi della relazione lavorativa al pari di quelli concernenti il trattamento retributivo e la predisposizione dei turni di servizio, gli unici elementi di rango organizzativo a essere rimasti in capo alla Società Mediatica.

Al di là della petizione di principio, più volta ripetuta, per cui si trattava di un appalto endoaziendale genuino poiché tradottosi in un vero e proprio appalto ai sensi del primo comma dell’art. 29 D.Lgs. n. 276/2003, le altre critiche mosse dalle due Aziende sulla mancata individuazione da parte del Tribunale delle circostanze realmente favorevoli al concretarsi del vincolo di assoggettamento dell’addetto all’eterodirezione esercitata soltanto da ENI, rappresentano un dato che si contrappone a quello che è stato congruamente ricavato dal Tribunale in base alla generalità delle deposizioni testimoniali.

Indipendentemente dal fatto che i testimoni si fossero perlopiù riferiti alle indicazioni operative promanate solo ed esclusivamente da ENI -il che già vale a comprovare che le linee guida di tutte le incombenze assegnate al Mattoli promanavano unicamente dall’utilizzatrice- senza che fossero rintracciabili ulteriori atti di indirizzo influente da parte di Mediatica, quale soggetto rimasto totalmente estraneo allo svolgersi pratico/funzionale di un appalto in linea di principio ricadente sotto la sua responsabilità, l’elemento che dev’essere considerato risolutivo sta proprio nel fatto che a ogni aspetto del regime cui era sottoposto il lavoratore sovraintendeva ENI, non importa se i testi hanno posto l’accento lessicale prevalentemente sul concetto di direttive.

Di fatto questo si verifica in una molteplicità di rapporti di lavoro subordinato ove all’evidenza risulti in misura largamente prevalente solo un piano di indicazioni e direttive rivolte a figure lavorative che già sanno di che occuparsi e in che modo farlo, l’importante è considerare nella vicenda vi era solo un soggetto che aveva assunto la prerogativa di conformare le prestazioni del personale inviatogli affinché



questo potesse rispondere pienamente alle sue esigenze, perché il senso complessivo di quel che è stato testimoniato è che Mediatica era rimasta fuori da tutto tranne che dal seguire le relazioni di lavoro dal punto di vista degli adempimenti amministrativi e retributivi e si era disinteressata non solo di tutti gli aspetti gestori dianzi indicati ma anche della formazione professionale siccome esercitata da ENI.

Anche solo da questo pare si possa pienamente condividere la decisione di primo grado e tutte le sue sfaccettature sul punto.

Per le ragioni che precedono, mentre gli altri reclami vanno respinti, il reclamo incidentale azionato dal Mattoli va accolto come da dispositivo in cui le spese di tutto il giudizio sono poste a carico delle due Società reclamanti per il principio della soccombenza nelle misure ivi liquidate, pari a complessivi € 13.000,00 oltre spese generali, IVA e CPA, e distratte, tenendo conto dei criteri posti dal DM 10.3.2014 n. 55, del DM 8.3.2018 n. 37 nonché dal DM 13 agosto 2022 n. 147, in rapporto al valore della controversia, al suo grado di complessità nonché all'attività istruttoria espletata solo in primo grado ma non nella presente fase.

Sussistono infine nella specie i presupposti per l'applicazione dell'art. 13 comma 1 quater del DPR n. 115/2002 per il raddoppio del contributo unificato a carico della reclamante principale ENI SPA e della reclamante incidentale Mediatica SPA.

P.Q.M.

Respinge il reclamo principale di ENI SPA e quello incidentalmente proposto da Mediatica SPA nei confronti della sentenza n. 327/2022 del Tribunale di Pavia e, in accoglimento del reclamo incidentale proposto da Daniele Mattoli, in parziale riforma della sentenza impugnata, dichiara il carattere discriminatorio del licenziamento comminato al Mattoli con lettera del 16 luglio 2020 e condanna ENI SPA a reintegrarlo nel posto di lavoro ricoperto sino al momento del recesso e a corrispondergli un'indennità risarcitoria ragguagliata a tutte le mensilità della retribuzione globale di fatto percepita dal lavoratore al momento del licenziamento dalla data del recesso al saldo, oltre a rivalutazione monetaria e interessi con la stessa decorrenza sino al soddisfo e oltre al pagamento delle contribuzioni e dei premi assicurativi in favore degli Enti previdenziali e assistenziali.

Conferma le restanti statuizioni di merito.

Condanna ENI SPA e Mediatica SPA in solido a rifondere a Daniele Mattoli le spese di tutto il giudizio pari a complessivi € 8.500,00 oltre spese generali, IVA e CPA per le due fasi del procedimento di primo grado e, per il presente grado, liquidate in complessivi € 4.500,00 oltre spese generali, IVA e CPA, in ogni caso con distrazione ex art. 93 c.p.c. in favore dei Difensori antistatari.

Sussistono nella specie i presupposti per l'applicazione dell'art. 13 comma 1 quater del DPR n. 115/2002 per il raddoppio del contributo unificato a carico della reclamante principale ENI SPA e della reclamante incidentale Mediatica SPA.

Milano, 16 febbraio 2023.

Il Consigliere rel.
Roberto Vignati

Il Presidente
Monica Vitali





**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE DI APPELLO DI MILANO
Sezione Lavoro**

composta dai Magistrati:

Dott. Roberto Vignati	Presidente rel.
Dott.ssa Benedetta Pattumelli	Consigliere
Dott.ssa Laura Bertoli	Consigliere

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

nella causa civile in grado di appello iscritta al n. 586 del Ruolo Generale Lavoro dell'anno 2020 - avverso la sentenza n. 641/2020 del Tribunale di Milano Sezione Lavoro in data 26 maggio 2020, Giudice dott.ssa Maria Grazia Florio - discussa e decisa all'udienza collegiale del 24 febbraio 2021

promossa da

Tre Elle S.R.L. con sede in Milano, in persona del Legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'Avv. Cecilia Estrangeros del Foro di Pavia presso lo studio della quale in Pavia è domiciliata;

Appellante

contro

Daniela Parente, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Crescenzo Senape e Luca Guaglione presso il cui studio in Milano è domiciliata.

Appellata

OGGETTO: Lavoratrice portatrice di handicap - Invalida - Superamento periodo comporto - Licenziamento discriminatorio.

Conclusioni dell'appellante:

“in totale riforma dell'appellata sentenza respingere la domanda della appellata Daniela Parente. In via istruttoria, rilevata l'incompletezza della documentazione INPS prodotta da controparte si chiede che vengano acquisiti dall'Ente in forma integrale gli accertamenti svolti sulla persona della appellata sig.ra Daniela Parente e la documentazione attinente la percezione da parte della medesima di assegni, sussidi, trattamenti economici di ogni genere dipendenti dalla malattia insorta il 16.10.2017.

Con vittoria di spese e competenze di entrambi i gradi.”

Conclusioni per Daniela Parente:

“- In via preliminare:

- dichiarare inammissibile ex art 436 bis cpc in relazione agli artt. 348 bis e 348 ter cpc l'appello

proposto da Tre elle srl;

Nel merito:

- dichiarare infondate in fatto e diritto e comunque respingere le eccezioni e domande tutte ex adverso proposte anche nel presente giudizio;

- confermare integralmente la sentenza n. 641/2020 – R.G. Lav. 4839/2019 del Tribunale di Milano, dott.ssa Florio, pubblicata il 04 giugno 2020;

- condannare l'appellante al pagamento delle spese processuali, compensi ex DM 55/2014 oltre al rimborso forfettario del 15 % ed oneri di legge anche per la fase d'appello.”

Fatto e motivi della decisione

Con la sentenza n. 641/2020 il Giudice del Lavoro del Tribunale di Milano, accogliendo il ricorso proposto da Daniela Parente contro la Società Tre Elle, presso la quale l'attrice era in servizio con rapporto a tempo indeterminato in regime di part time come addetta alle pulizie inquadrata nel livello 2 CCNL *Servizi Pulizia Aziende Industriali*, ha dichiarato discriminatorio il licenziamento comunicatole il 19 ottobre 2018 con riferimento all'avvenuto superamento del periodo di comporta e, nell'ordinare a norma dell'art. 2 D.Lgs. n. 23/2015 la reintegra della Parente nel posto di lavoro in mansioni compatibili con le prescrizioni mediche, ha condannato l'Azienda datrice di lavoro al pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata a tutte le retribuzioni maturate dal giorno del licenziamento sino all'effettiva ricostituzione del rapporto di lavoro oltre accessori dei crediti, oltre alla regolarizzazione previdenziale e assistenziale e col favore delle spese di lite.

Rilevato che la Parente, che era stata assunta dalla Tre Elle nel novembre 2015, il 16 ottobre 2017 era stata colpita da un aneurisma cerebrale che aveva richiesto cure cliniche sino alla fine di febbraio 2018, derivandone poi il riscontro di una condizione di handicap grave ex art. 4 L. n. 104/1992 -come da verbale della Commissione Medica in data 22.3.2018- che aveva poi dato luogo all'iscrizione della donna nelle categorie protette nell'ambito di uno stato di malattia protrattasi sino a determinare, alla data del 19 ottobre 2018, il superamento del periodo di comporta conseguentemente assunto dalla datrice di lavoro quale causale per la risoluzione della relazione lavorativa, il Tribunale ha richiamato il contenuto della Direttiva 2000/78/CE per approdare alla conclusione che il licenziamento era inficiato da un caso di discriminazione indiretta per come prevista dall'art. 2 lett. b) Direttiva 2000/78/CE e ai sensi dell'art. 2 comma 1 lett. b) del D.Lgs. n. 216/2003.

A tal fine bisognava infatti considerare che l'applicazione della normativa e delle previsioni di Contratto Collettivo sul comporta e sul suo superamento finivano, nel caso di specie, in quanto connotato dall'improvvisa insorgenza di una condizione invalidante eccedente il semplice stato di malattia, per risentire di una disparità di trattamento praticata a sfavore del soggetto che aveva maturato la condizione minorativa, condizione che, per la sua natura e la sua portata, non poteva essere trattata nello stesso modo di altri casi non contraddistinti da quel particolare tipo di presupposto.

Considerato che le assenze per malattia che avevano determinato il superamento del periodo di conservazione del posto di lavoro, nel caso della Parente, erano quelle stesse che avevano alla fine concretato l'insorgenza della condizione di invalidità a suo carico, il recesso discendente dal superamento del periodo di comporta e non poteva che essere affetto da una ragione discriminatoria sotto la specie di un caso di discriminazione indiretta tale da provocare la forma di invalidità più radicale del

licenziamento, come tale sottoposta al regime di tutela di cui all'art. 2 D.Lgs. n. 23/2015 cit. .

La sentenza è stata impugnata dall'Azienda soccombente che ne ha chiesto la riforma mediante il rigetto di tutte le domande azionate da controparte in primo grado e col favore delle spese di tutto il giudizio.

Daniela Parente si è costituita resistendo e ha concluso per la reiezione del gravame con vittoria di spese.

La Corte rileva, prima di tutto, che, in veste di convenuta resistente, innanzi al Tribunale la Ditta Tre Elle aveva contrastato la tesi della Parente - poi accolta dal Giudice nei termini che si sono detti - eccependo che:

(i) con la produzione del verbale della commissione medica del 22.3.2018 (relativo alla rilevazione di uno stato di handicap grave) la lavoratrice non aveva dimostrato la titolarità dell'iscrizione nella categoria protette che richiede un'invaldità superiore al 45%;

(ii) la Parente non aveva recato documentazione sullo stato di invalidità, rimasto ignoto nell'entità, ma aveva solo trasmesso all'Azienda le certificazioni del perdurare dalla malattia di modo che *“in data 19.10.2018 la parte datoriale comunicava alla lavoratrice il recesso per intervenuto superamento del periodo di comporto calcolato dal 16.10.2017 al 19.10.2018”*;

(iii) il caso della dipendente era quello di una lavoratrice divenuta inabile e invalida nel corso del rapporto di lavoro. Al proposito, la parte aveva sostenuto che *“La Sig.ra Parente è entrata nell'organico aziendale quale lavoratore abile. La disabilità è intervenuta nel corso del rapporto professionale per causa non imputabile alla parte datoriale (come già più sopra precisato).*

La norma contrattuale applicabile al caso di specie è, pertanto, l'art. 51 del CCNL che regola il trattamento di malattia e infortunio, ed in particolare precisa “il diritto alla conservazione del posto viene a cessare qualora il lavoratore anche con più periodi di infermità raggiunga in complesso 12 mesi di assenza nell'arco di 36 mesi consecutivi. Ai fini del trattamento di cui sopra si procede al cumulo dei periodi di assenza per malattia verificatisi nell'arco temporale degli ultimi 36 mesi consecutivi che precedono l'ultimo giorno di malattia considerato. La disposizione di cui al precedente comma vale anche se i 36 mesi consecutivi sono stati raggiunti attraverso più rapporti di lavoro consecutivi nel settore”;

(iv) la datrice di lavoro era esente da ogni responsabilità per licenziamento discriminatorio in quanto aveva applicato la regola del superamento del periodo di comporto essendo ignara della condizione di invalidità indotta dalla malattia cui era incorsa la Parente e *“il superamento del periodo di comporto è intervenuto senza che la lavoratrice avanzasse alcuna richiesta in merito al proprio rapporto professionale non consentendo alla parte datoriale di avviare il procedimento di valutazione da parte del medico fiscale per il nuovo/diverso trattamento del lavoratore né la lavoratrice risulta avere richiesto la concessione della aspettativa che le avrebbe permesso la conservazione del posto di lavoro per un periodo non superiore a quattro mesi (cfr. art. 51 CCNL).*

Si badi che anche nell'atto cui si replica, con riferimento all'aspettativa, la Ricorrente dichiara di avere manifestato l'intenzione di richiedere tale aspettativa, senza fare seguire alla propria intenzione alcuna richiesta formale in questo senso”;

(v) per escludere il caso del licenziamento discriminatorio la Tre Elle aveva notato che *“L'effettivo superamento del periodo di comporto esclude poi la possibilità di*

configurare un asserito intento discriminatorio, considerato che la giurisprudenza di questa Corte richiede allo scopo che esso costituisca il motivo unico determinante l'individuazione del lavoratore appartenente alla categoria protetta... e che, in ogni caso, di discriminazione può parlarsi solo quanto si configuri un trattamento deteriore riservato al lavoratore quale effetto della sua appartenenza alla categoria protetta... mentre nella fattispecie qualunque lavoratore sarebbe stato licenziato nella medesima situazione, che costituisce una condizione legittimante di natura generale” (Cass. n. 21377/2016).”

Con l'atto di appello la Tre Elle deduce che la sentenza impugnata (si veda la sua scaletta finale) :

1. Viola l'art. 2110 Cod Civ che prevede il diritto al comporto solo se il lavoratore può riprendere il lavoro; nonché l'art.1463 Cod. Civ. che prevede la possibilità di scioglimento del rapporto nell'ipotesi di impossibilità sopravvenuta della prestazione.

2. Viola l'art. 51 CCNL e l'art. 7 D. lgs 119/2011 che contengono la disciplina positiva dell'applicazione del comporto al caso di persona disabile.

3. Viola gli artt. 1175, 1375, 1460 CC perché non attribuisce rilievo all'omessa comunicazione dello stato di inabilità al lavoro da parte della lavoratrice.

4. Viola l'art. 15 Preleggi facendo prevalere l'art. 2 c., lett. b D. lgs 9.7.2003 n. 2016 sull'art. 51 CCNL e sull'art. 7 D. lgs 119/2011.

5. Viola l'art.1,11,15 Preleggi disapplicando l'art. 51 CCNL e l'art. 7 D. lgs 119/2011, cosa possibile solo per intervento di una nuova legge.

6. Viola l'art. 2 D. lgs 216/2003 in quanto la discriminazione può sussistere solo se il datore di lavoro ha conoscenza della situazione di difficoltà del suo dipendente. Altrimenti il licenziamento è solo privo di motivo e sanzionabile ex art. 3 D. lgs 23/2015.

In tal modo, con riferimento all'argomento sub 1), la parte osserva che, a seguito della malattia, la lavoratrice era divenuta permanentemente inabile al lavoro, come si poteva desumere dalla certificazione INPS del 7/5/2019 sulla condizione di invalida con totale e permanente inabilità lavorativa e l'assenza di qualsiasi capacità residua escludeva la possibilità di mantenere il posto di lavoro tanto che per questo verso l'applicazione della regola della conservazione temporanea dell'occupazione per tutto il corso del periodo di comporto si era risolto in un vantaggio per la dipendente, altrimenti da estromettere per via della sua inattitudine al lavoro.

Quanto all'argomento sub. 2), evidenzia che, in questo caso, ragione discriminatoria e motivo illecito sarebbero coesistenti poiché entrambi sorretti dalla particolare conoscenza che la datrice di lavoro poteva avere dello stato di invalidità permanente e totale: *“Non si dimentichi che nel nostro caso la lavoratrice non ha parlato di “handicap” o “disabilità” neppure nell'impugnazione del licenziamento, dove ha usato il termine “malattia”.*

Il tenore della sua contestazione ha fatto sì che anche in quel frangente il datore di lavoro si sentisse nel giusto, senza avvertire l'esigenza di intervenire subito ad invitare la lavoratrice a riprendere il lavoro.

Il licenziamento sarà dunque “discriminatorio “ex art. 2 D. lsg 23/2015 con conseguente applicazione dell’art. 18 S.L. se il datore di lavoro vi abbia proceduto disponendo quanto meno di tutte le informazioni necessarie; sarà invece solo “immotivato” ex art 3 D.lgs 23/2015 se il lavoratore è stato trattato come gli altri e, per via della omessa comunicazione al datore di lavoro, quest’ultimo abbia disposto il licenziamento per superamento del comporta per errore sul suo computo.” Inoltre, “il concetto di irrilevanza della conoscenza della patologia confligge con l’art. 7 del D. legislativo 18.7.2011, n. 7 che prevede che ai lavoratori invalidi con riduzione della capacità lavorativa (la sig.ra Parente ha una invalidità del 100%) sia data la possibilità di fruire di un periodo di cure per 30 gg. all’anno non computabili nel comporta, ma che devono rigorosamente documentate dal lavoratore che deve formulare espressa domanda accompagnata dalla richiesta del medico curante”.

Quanto all’argomento sub. 3), l’appellante nota che la Parente, omettendo qualsiasi comunicazione all’Azienda dell’evoluzione della sua patologia in termini di invalidità, avrebbe violato i criteri di buona fede poiché non avrebbe dato modo alla controparte di comportarsi di conseguenza e correttamente come una simile situazione avrebbe richiesto.

Con l’argomento di cui sub. 4) la Tre Elle tenta una equiparazione dell’art. 51 del CCNL sul comporta con l’art. 2 del D.Lgs. n. 216/2003 dicendo che si tratterebbe di due fonti operanti sullo stesso livello, in senso egualmente cogente e fonti di pari prerogative.

Coi susseguenti argomenti 5) e 6), l’Azienda appellante evidenzia infine, per un verso, l’impossibilità di rinvenire una norma che sanzioni come discriminatoria la condotta tenuta dalla datrice di lavoro nel caso di specie dato che non era legittimata a concedere un periodo di comporta più lungo alla lavoratrice e, per altro verso, in ultimo, che non sussisteva certo un motivo odioso (semmai ingiustificato) alla base della condotta datoriale rivolta ad estromettere la Parente dalla sua occupazione.

La difesa dell’appellata reagisce deducendo l’inammissibilità della maggior parte dei motivi di gravame per novità delle questioni che in primo grado non erano entrate nel processo sotto forma di eccezioni e contesta i motivi di merito del gravame.

Le ragioni dell’appello sono da respingere.

In un certo senso e fino a un certo punto, pare alla Corte che la più parte degli argomenti su cui si basa l’appellante per criticare la sentenza siano dotati di risvolti inediti e inammissibili: basti operare un confronto tra la primaria difesa della Società e i punti -di cui sopra- in cui si snoda l’impugnazione, per scorgere che si è al cospetto di argomentazioni difensive del tutto inedite e che non sostanziano semplici chiose rispetto a quanto già originariamente eccepito.

Tuttavia, è anche vero che nella difesa spiegata dall’Azienda in primo grado vi è spesso stato l’incipit delle ragioni che sono state fatte valere in questo grado di giudizio dato che il tema di fondo più frequentemente riproposto, come si può cogliere esaminando gli argomenti posti nelle sue due difese, è quello della valenza di una condizione personale di salute che aveva raggiunto il vero e proprio stadio dell’invalidità in epoca non di poco successiva al tipo di licenziamento adottato nei confronti della lavoratrice rimasta assente dal servizio per un numero di giorni

attestatosi su di un livello superiore alla durata del comporto alla luce della specifica previsione della fonte collettiva; inoltre, tale ulteriore stadio, anche con riferimento ai suoi prodromi, era rimasto sempre occulto alla Società che per risolvere il rapporto lavorativo aveva pianamente potuto fare affidamento solo sulla disciplina che strettamente legittimava il licenziamento impartito alla donna.

Indubbiamente, la Parente aveva accusato prima di tutto una malattia, una seria e allarmante sofferenza patologica che l'aveva costretta a stare al di fuori del lavoro e dal relativo contesto per mesi ma che, in realtà, per quelli che erano stati i suoi effetti esiziali, aveva repentinamente influito in maniera assai negativa sulla sua idoneità al lavoro in termini di vera e propria condizione di invalidità, appurata e dichiarata sì, in senso pieno, solo nel maggio 2019 circa otto mesi dopo il licenziamento per superamento del periodo di comporto, ma che era stata capace di tradursi in una situazione gravemente impeditiva già nel marzo 2018 -più di sei mesi prima del recesso datoriale- quando, come documentato in atti, la Commissione Medica aveva riconosciuto a carico della Parente uno stato di handicap grave, alla stregua di una condizione personale particolarmente qualificata che faceva di quella lavoratrice l'obiettivo portatrice di una forte menomazione a carattere permanente, ultronea rispetto al semplice fenomeno della malattia e in definitiva del tutto equiparabile a quella invalidità che sarebbe stata poi dichiarata dall'INPS nel maggio dell'anno successivo.

Una sorta di infausto preludio all'invalidità civile, conosciuta o meno che fosse da parte dell'Azienda, perfettamente in grado di spiegare i suoi effetti oggettivi sin dal marzo 2018 quale stato personale degno di speciale considerazione anche perché ormai praticamente avulso dalla malattia che ne era stata alla base.

Una malattia che, impiegando massime probabilistiche di esperienza, aveva di per sé stessa lanciato un segnale tanto notorio quanto non equivocabile in merito a quella che sarebbe stata in futuro -se non coevamente- la prognosi infausta che avrebbe afflitto la lavoratrice con dei caratteri di permanenza tali da configurare pressoché immediatamente l'innesto di una invalidità civile.

Anche se la relativa declaratoria era intervenuta dopo, al tempo del licenziamento era comunque già presente in tutta la sua rovinosa portata l'accertamento dell'handicap grave ex art. 4 L. n. 104/1992 che, a ben vedere, non spostava i termini del problema assolutamente immanente e dai sicuri risvolti esiziali e che, d'altra parte, aveva già di fatto conferito alla lavoratrice il crisma di una qualità soggettivo-individuale in grado di differenziarla nettamente dai soggetti "semplicemente" malati e come tali solo per tale causale assenti dal lavoro.

Per quel che risulta, la Tre Elle, poteva anche essere rimasta all'oscuro dello stato di handicap sebbene, al di là dell'efficacia di fonti di conoscenza formali, la patologia indotta dall'aneurisma, prima di ogni altro possibile (e doveroso, almeno stando ai criteri di buona fede sulla conduzione della relazione lavorativa) approfondimento datoriale, ex se forniva peculiare giustificazione alla malattia e, con essa, alle assenze della lavoratrice dal servizio, ma pure e del tutto adeguatamente, allo stato handicap accertato del marzo 2018 poi ulteriormente vagliato ai fini del consequenziale riscontro di una inidoneità al lavoro.

Questo, ad avviso del Collegio, spiega perché sia stato esattamente ravvisato il caso di discriminazione indiretta colto nei termini su cui è soffermato il Tribunale, tenuto

conto che la discriminazione, diretta o indiretta che sia, opera sempre su di un piano puramente oggettivo possedendo per questa ragione delle connotazioni negative che vanno al di là della pura e semplice consapevolezza in capo al soggetto agente in ordine ai presupposti del fenomeno, ai suoi effetti e al suo disvalore giuridico oltre che umano e sociale : basta in pratica che si manifesti con effetti nella sfera soggettiva della “vittima” un fatto di per sé foriero di una valenza discriminatoria perché esso operi lasciando spazio ai mezzi di tutela ordinamentali.

E’ quello che si ritiene essersi obiettivamente compiuto nella fattispecie in cognizione secondo legge al di là di ogni giudizio di valore, estraneo alle prerogative di questa Corte.

La sentenza merita pertanto conferma come da dispositivo in cui le spese processuali del presente grado sono poste a carico della Società appellante per il principio della soccombenza, nella misura ivi liquidata applicando i criteri previsti dal DM 10.3.2014 n. 55 e dal DM 8.3.2018 n. 37, tenuto conto del valore della controversia, del numero degli appellati, del suo grado di complessità nonché dell’assenza di attività istruttoria nella presente fase del giudizio.

P.Q.M.

Respinge l’appello avverso la sentenza n. 641/2020 del Tribunale di Milano Sezione Lavoro.

Condanna l’appellante a rifondere a Daniela Parente le spese del presente grado, liquidate in complessivi € 3.300,00 oltre spese generali, IVA e CPA.

Sussistono nella specie i presupposti per l’applicazione dell’art. 13 comma 1 quater del DPR n. 115/2002 per il raddoppio del contributo unificato a carico della Società appellante.

Milano, 24 febbraio 2021.

Il Presidente rel.
Roberto Vignati



R.G. 437/2020

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE D'APPELLO DI MILANO
SEZIONE LAVORO

Composta dai magistrati:

dr.ssa Monica Vitali	Presidente
dr.ssa Carla Bianchini	Consigliere
dr.ssa Laura Bertoli	Consigliere relatore

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel giudizio di reclamo avverso la sentenza n. 514/2020 Tribunale di Milano (est. Colosimo) promosso da

Azienda Milanese Servizi Ambientali S.p.A. (P. IVA 05908960965), in forma abbreviata **Amsa S.p.A.**, rappresentata e difesa dagli avv. Tommaso Li Bassi, Serena Valentina Commisso e Daniele Dellacasa, elettivamente domiciliata presso lo Studio Legance – Avvocati Associati, in Milano, Via Broletto n. 20

RECLAMANTE

Contro

Silvano TRAPANI (c.f. TRP SVN 69H30 F205N), rappresentato e difeso dagli avv. Maria Fotia e Claudio Frugoni, elettivamente domiciliato presso lo studio dei difensori in Milano, viale Caldara n. 24/a

RECLAMATO

I procuratori delle parti, come sopra costituite, hanno precisato le seguenti CONCLUSIONI:





per parte reclamante:

“In via principale:

- in totale riforma della sentenza n. 514/2020, pubblicata in data 27 febbraio 2020 e comunicata a mezzo posta elettronica certificata in pari data, accertare e dichiarare la legittimità del licenziamento intimato al Sig. Trapani e, conseguentemente, respingere tutte le domande avversarie in quanto infondate in fatto e in diritto per tutti i motivi illustrati in narrativa e condannare il Sig. Trapani a restituire ogni importo corrisposto dalla Società in ottemperanza all'anzidetta ordinanza;

In ogni caso

- con vittoria di spese, diritti e onorari di causa.

In via istruttoria

- respingere l'istanza di nomina di un consulente tecnico d'ufficio effettuata dall'opposto in fase sommaria, in quanto volta a sopperire alle carenze probatorie avversarie; in caso di ammissione la Società si riserva comunque fin d'ora di nominare un consulente tecnico di parte;

- respingere la prova per testi e per interpello richiesta dal sig. Trapani nel corso della fase sommaria, in quanto inammissibile per i motivi indicati in narrativa; in caso di ammissione, si chiede di essere ammessi a prova contraria con i testi indicati di seguito;

- senza inversione dell'onere della prova, si chiede di essere ammessi a prova testimoniale su tutte le circostanze indicate nel presente atto, espunta ogni locuzione valutativa e premessa la formula “Vero che”, nonché sui seguenti capitoli di prova:

1. al fine di favorire l'inserimento mirato dei lavoratori disabili, in data 3 agosto 1993 la Società deliberava l'assunzione di 3 dipendenti appartenenti alla categoria degli “invalidi civili” ai sensi della Legge n. 482/1968 allora vigente (nello specifico i Sig.ri Silvano Trapani, Marco Corrado e Paolo Cosentino);

2. il Sig. Trapani era sottoposto a visita medica preventiva in data 27 maggio 1992, come da doc. n. 8 che si rammostra al teste;





3. *il Sig. Trapani veniva assunto dalla Società a tempo indeterminato a decorrere dal 1° ottobre 1993, con inquadramento nel III livello del Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro dei Servizi Ambientali (Utilitalia) e con mansioni di “operatore ecologico”, come da doc. n. 6 che si rammostra al teste;*

4. *nello svolgimento delle mansioni di “operatore ecologico”, il Sig. Trapani si occupava - nel rispetto delle limitazioni espresse dal medico competente in occasione della visita preventiva del 27 maggio 1992 - dello spazzamento manuale e di ulteriori attività accessorie, come lo svuotamento di cestini e la raccolta di fogliame;*

5. *a far data dal 17 giugno 2002, al Sig. Trapani venivano assegnate le diverse mansioni di “operatore manovale interno” presso il reparto “Pulizia Interna Dipartimento” sito in Milano, Via Olgettina n. 25;*

6. *le mansioni di “operatore manovale interno” comportavano lo svolgimento di operazioni manuali di svuotamento dei cestini degli uffici, spolvero delle scrivanie, spazzamento – solo all’occorrenza – di alcune aree interne al dipartimento di Via Olgettina, con l’utilizzo di un carrellino a mano, una scopa e una paletta ed erano compatibili con lo stato di invalidità del Sig. Trapani;*

7. *il Sig. Trapani usufruiva di un periodo di aspettativa non retribuita di 3 mesi, precisamente dal 16 dicembre 2002 sino al 15 marzo 2003, come da doc. n. 11 che si rammostra al teste;*

8. *al suo rientro in servizio in data 17 marzo 2003, il Sig. Trapani riprendeva regolarmente lo svolgimento delle mansioni assegnategli;*

9. *con certificato del 22 aprile 2008, il medico competente dichiarava il sig. Trapani idoneo alle mansioni di “operatore manovale interno”, con le seguenti limitazioni “no carichi, no lavori isolati, no lavori in alto o su scale, no lavori in zone ad elevato rischio infortunistico, no lavoro notturno, no mansioni a rischio infortunistico oculare”, come da doc. n. 12 che si rammostra al teste;*





10. le mansioni del Sig. Trapani sono rimaste invariate dal 17 giugno 2002 sino alla data di licenziamento, nonostante la formale modifica del job title di “operatore manovale interno” in “operatore pulizie”;

11. alla visita del 5 marzo 2019, il medico competente ha ritenuto nuovamente idoneo il Sig. Trapani alle mansioni assegnategli dalla Società, come da doc. n. 13 che si rammostra al teste;

12. dal 17 giugno 2002 sino alla cessazione del rapporto, il Sig. Trapani ha continuato a svolgere regolarmente le mansioni assegnategli dalla Società;

13. il Sig. Trapani è risultato assente dal lavoro per malattia per complessivi 375 giorni nell’arco temporale di 1.095 giorni, compresi fra il 3 luglio 2016 e il 2 luglio 2019, come da doc. n. 14 che si rammostra al teste;

14. nei certificati medici del Sig. Trapani ricevuti dalla Società nel corso del rapporto di lavoro mancano sia l’indicazione della diagnosi che la spunta della sezione “Stato patologico sotteso o connesso alla situazione di invalidità riconosciuta”, come da doc. n. 14 che si rammostra al teste.

Si indicano come testimoni, anche a prova contraria, i Sig.ri: Salvatore Molinaro; Luigi Savastano e Mauro Rigoldi”.

per parte reclamata:

“rigettare il reclamo proposta da AMSA Spa avverso la sentenza n. 514/2020, pubblicata in data 27/02/2020, del Tribunale di Milano, sez. lavoro, dott.ssa Chiara Colosimo, questa confermando in ogni sua parte ed eventualmente con diversa motivazione e comunque accertare e dichiarare la nullità e/o illegittimità e comunque inefficacia del licenziamento intimato da AMSA S.p.A. al sig. Trapani con lettera datata 2/07/2019 in quanto discriminatorio.

Con vittoria di spese, diritti e onorari da distrarsi agli avv.ti Maria Fotia e Claudio Frugoni quali antistatari.





In via istruttoria, si reiterano le richieste di prime cure, da intendersi tutte trascritte e si chiede, come anticipato, di rigettare le istanze istruttorie di controparte cui espressamente ci si oppone all'ammissione. E, quindi, si chiede prova per testi diretta, indiretta, contraria sui capitoli di prova con richiamo alla narrativa del ricorso ex art. 1, comma 48, L.n. 92/2012 e ai relativi capitoli da n. 1 a n. 16, comunque riportati nelle premesse della presente memoria di costituzione alle pagg. 2 - 4, tutti preceduti dalle parole "E' vero che" ed eliminata ogni eventuale valutazione nonché eventuali formulazioni in negativo, nonché sui capitoli di prova dedotti e ammessi da controparte con i medesimi testi indicati da detta.

Si indicano, anche a prova contraria sui capitoli avversari eventualmente ammessi, come testi i sigg.ri: Luigi Rinaldi residente in Vimodrone (MI), Viale Repubblica n. 31; dott. Ivano Luca Cavaleri, presso il suo studio in Milano, Piazza San Giuseppe n. 9.

Si chiede che codesta Corte voglia ordinare ex art. 210 cpc alla società reclamante la produzione in giudizio del contratto di assunzione del sig. Trapani e della busta paga del mese di novembre 2019.

In caso codesta Corte la ritenga necessaria, si chiede infine disporsi consulenza tecnica medica.

Con riserva di ulteriori produzioni e deduzioni?".

FATTO E DIRITTO

Con la sentenza n. 514/2020 il Tribunale di Milano ha respinto l'opposizione promossa da AMSA spa avverso l'ordinanza con la quale il medesimo Tribunale, accogliendo il ricorso proposto da Silvano Trapani, aveva dichiarato nullo, per discriminatorietà, il licenziamento intimato a quest'ultimo per superamento del periodo di comporta.

Premesso il richiamo alla giurisprudenza nazionale e comunitaria in materia di discriminazione per disabilità, il Tribunale ha reputato qualificabile come disabilità la certificata invalidità civile all'85% di cui l'operaio pulitore Silvano Trapani è affetto; ha ritenuto provato che parte delle assenze considerate dal datore di lavoro ai fini del comporta fossero causalmente riconducibili alla disabilità del dipendente; ha pertanto qualificato come





indirettamente discriminatoria la norma dell'art. 42 del CCNL applicato che, nel definire i presupposti del licenziamento per superamento del periodo di comportamento, non distingue in alcun modo la situazione del lavoratore disabile rispetto a quella del lavoratore non disabile, trattando in maniera uniforme situazioni differenti e così facendo, per il tramite di una disposizione solo apparentemente neutra, creando pregiudizio ai danni del lavoratore svantaggiato; ha pertanto concluso per la dichiarazione di illegittimità del licenziamento, con applicazione delle tutele di cui all'art. 18, comma 1, legge n. 300/1970.

Avverso la sentenza ha proposto reclamo AMSA spa.

Con il primo motivo di reclamo, la società ha criticato la sentenza per avere ravvisato la natura discriminatoria del licenziamento.

Amsa spa ha evidenziato che, pur avendo il lavoratore dimostrato l'esistenza e la natura della propria invalidità (ipovisus per retinite pigmentosa; cardiopatia ipertensiva; insufficienza renale cronica; sindrome di Klinefelter), non vi era prova che tutte le assenze maturate ed elencate nella lettera di licenziamento fossero correlate allo stato di invalidità. Al contrario, nessuno dei certificati medici trasmessi da Trapani durante il periodo di comportamento evidenziava la connessione tra malattia e stato di invalidità civile, non risultando mai barrata la voce "*stato patologico sotteso o connesso alla situazione di invalidità riconosciuta*" pure presente nella apposita modulistica. Dai certificati medici completi di diagnosi prodotti in corso di causa dal dipendente, inoltre, risultava che molte delle assenze per malattia considerate ai fini del comportamento fossero state causate da patologie generiche, quali ad esempio lo stato influenzale.

Con il secondo motivo di reclamo, Amsa spa ha lamentato che il primo giudice avesse erroneamente individuato la nozione di handicap ai fini della applicazione della normativa comunitaria, omettendo di effettuare le valutazioni necessarie e di appurare in particolare se l'invalidità da cui il





lavoratore risultava affetto fosse in grado di incidere sulla *“piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale”*.

Con il terzo motivo di impugnazione la reclamante ha censurato la sentenza di prime cure nella parte in cui ha escluso che il nesso di causa tra disabilità e assenze per malattia assumesse rilievo solo quando il lavoratore venga adibito a mansioni non compatibili con il proprio stato di salute (cosa che nel caso di specie non era avvenuta), aggravando così il fattore di rischio connesso alla disabilità. Ad avviso della reclamante, andava fatta applicazione anche al disabile del normale trattamento per superamento del periodo di comporta, ad eccezione dell'ipotesi in cui l'assenza per malattia fosse stata determinata dall'assegnazione a mansioni non compatibili con lo stato di salute. Nella prospettiva del gravame, le limitazioni imposte al datore di lavoro sul piano organizzativo per l'individuazione di mansioni compatibili con la disabilità assicurano già all'invalido una tutela specifica, differenziata e aggiuntiva rispetto alla generalità dei lavoratori, dovendosi quindi escludere del conteggio, ai fini del comporta, solo le giornate di malattia derivanti dall'adibizione a mansioni non compatibili con la specifica forma di invalidità. Non poteva essere condivisa, ad avviso della reclamante, l'affermazione del Tribunale di Milano secondo cui tutte le disabilità comportano un aumento di rischio di (assenza per) malattia.

Inoltre, secondo il reclamante, avrebbe dovuto essere considerato dal primo giudice che la normativa comunitaria esclude la sussistenza di discriminazione indiretta quando il trattamento differenziato sia oggettivamente giustificato da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari. Secondo il datore di lavoro, il Tribunale avrebbe dovuto considerare che la disciplina sul comporta: era frutto della mediazione delle parti sociali; prevedeva il contemperamento tra contrapposti interessi datoriali e lavorativi, e in particolare l'interesse alla conservazione posto di lavoro e quello alla funzionalità dell'impresa; contemplava, nel periodo di comporta, oneri economici a carico del datore di





lavoro, ad integrazione del trattamento erogato da INPS; prevedeva infine la facoltà del dipendente di prorogare la propria assenza anche oltre il limite del comporto, per il tramite di aspettativa non retribuita.

Con il quarto motivo di reclamo AMSA spa ha criticato la sentenza impugnata per non avere considerato la piena osservanza, da parte del datore di lavoro, di tutte le norme di legge e di contratto in materia di comporto e la circostanza che la società non avesse elementi di conoscenza tali da giustificare determinazioni diverse da quelle assunte (non essendo stato fornito ad Amsa, durante il comporto, alcun elemento per ipotizzare che le assenze per malattia dipendessero dalla invalidità). La società ha osservato che il riferimento, da parte del primo giudice, alla possibilità di revocare il licenziamento, non appariva pertinente. In ogni caso, in via subordinata, ha criticato la sentenza per avere ordinato la reintegrazione del lavoratore, pur ritenendo quest'ultimo affetto da invalidità tale da pregiudicare la piena partecipazione alla vita lavorativa; circostanza che, se confermata dalla Corte, avrebbe comunque dovuto escludere il diritto al risarcimento del danno parametrato alle retribuzioni *medio tempore* maturate, stante l'impossibilità non imputabile di rendere la prestazione. Inoltre, in via ulteriormente subordinata, ha lamentato l'erroneità della decisione per avere disposto in forma generica la detrazione dell'*aliunde perceptum*, senza considerare l'indennità di disoccupazione e senza compensare quanto percepito dal lavoratore a titolo di TFR e indennità sostitutiva del preavviso

Con memoria difensiva depositata il 15.7.2020 si è costituito Silvano Trapani, contestando la fondatezza dell'impugnazione e chiedendone il rigetto.

A seguito dell'entrata in vigore del d.l. n. 18/2020 con decreto Presidenziale depositato in data 1.6.2020 è stata disposta la trattazione della causa nelle forme di cui all'art. 83, comma sette, lett. h) del citato decreto legge ed è stato assegnato termine sino al 28.7.2020 ore 13,00 per il deposito di note scritte contenenti le conclusioni delle parti.





Esaminate le note tempestivamente depositate da entrambe le parti, il Collegio – condivise e fatte proprie le valutazioni di cui al menzionato decreto presidenziale circa l'adozione del rito di cui all'art. 83, comma sette, lett. h) per la trattazione della presente controversia- ha quindi trattenuto la causa in decisione.

I motivi di reclamo, che per la loro connessione logico – giuridica possono essere esaminati congiuntamente, sono infondati e devono essere respinti.

In uno con il primo giudice, la Corte ritiene innanzitutto che, alla luce del grave quadro patologico e cronico sopra richiamato, il reclamato possa dirsi affetto da handicap ai sensi della direttiva 2000/78/Ce.

In tal senso, va ricordato che *“secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia la nozione di handicap, ai sensi della direttiva 2000/78, deve essere intesa come riguardante una limitazione di capacità risultante in particolare da durature 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 un piano di uguaglianza con gli altri lavoratori ...”* (sentenza 18.1.2018 n. 270/16 Sez. III Corte Giustizia Unione Europea; nello stesso senso Cass. sez. lav. 12/11/2019, n. 29289).

Ritiene questo Collegio che, nella fattispecie in esame, la natura e la gravità delle plurime patologie di cui Trapani è cronicamente affetto (ipovisus per retinite pigmentosa; cardiopatia ipertensiva; insufficienza renale cronica; sindrome di Klinefelter) implicano, in modo stabile, duraturo e tendenzialmente ingravescente, quanto meno una difficoltà nell'esercizio della sua attività lavorativa (del resto coerentemente con un grado di accertata invalidità civile pari all'85%), oltre che la necessità di fruire di ricorrenti periodi di cura e riposo; la decisione del Tribunale sul punto appare pertanto del tutto corretta.





Parimenti corretta è la valutazione del primo giudice circa l'esistenza di nesso di causa tra le patologie sottese alla disabilità e le assenze per malattia che hanno portato al licenziamento.

Nonostante l'ufficiale sanitario che ha compilato i certificati medici relativi all'assenza di Trapani dal lavoro abbia omesso di contrassegnare l'apposita "casella" attestante il nesso di causa tra invalidità e assenza di malattia (più precisamente, la casella "*Stato patologico sotteso o connesso alla situazione di invalidità riconosciuta*"), dall'esame della documentazione medica prodotta quale doc. 5 dal reclamato- documentazione completa della diagnosi-emerge inequivocabilmente che la maggior parte delle assenze per malattia elencate nella lettera di licenziamento abbiano trovato causa nell'invalidità del lavoratore (ed in particolare nelle patologie croniche di retinite pigmentosa ed insufficienza renale).

Il mero dato formale relativo all'omessa compilazione della casella indicata non può certo impedire la valutazione del nesso di causa tra disabilità ed assenza, soprattutto ove questo sia eclatante, coincidendo la diagnosi della malattia causa dell'assenza con quella della invalidità permanente del quale il lavoratore è affetto.

Depurando dal totale le giornate di assenza cagionate dalla disabilità di Trapani (superiori, queste ultime, alla metà delle complessive), il periodo di comportamento nel periodo di riferimento di cui all'art. 42 CCNL non sarebbe stato affatto superato.

Il primo giudice ha pertanto correttamente ravvisato, nell'intimazione per licenziamento per superamento del periodo di comportamento da parte di AMSA spa, gli estremi della discriminazione indiretta ai danni del lavoratore disabile Trapani.

In continuità al condivisibile orientamento giurisprudenziale già espresso da questa Corte in controversia analoga alla presente (e involgente tra l'altro, anche in quel caso, AMSA spa e la norma di cui all'art. 42 del CCNL da quest'ultima applicato anche nel giudizio odierno), va ricordato che "*l'art. 2,*





comma 1 lettera b del D.Lgs. 216/2003 (con cui è stata data attuazione alla direttiva 2000/78/Ce) dispone che la discriminazione indiretta sussiste “quando una disposizione, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri possono mettere le personeportatrici di handicap in una situazione di particolare svantaggio rispetto alle altre persone”. L’art. 2 della direttiva 2000/78/CE (intitolato “Nozione di discriminazione”) al paragrafo 2 lettera b) prevede quanto segue: “Sussiste discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere in posizione di particolare svantaggio le persone che professano una determinata religione o ideologia di altra natura, le persone portatrici di un particolare handicap, le persone di una particolare età o di una particolare tendenza sessuale rispetto alle altre persone, a meno che : i) tale disposizione, tale criterio o tale prassi siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari...”. Orbene, nella fattispecie occorre allora valutare se l’applicazione disposizione in forza della quale AMSA ha licenziato [il dipendente] per superamento del periodo di comporto (...) abbia o meno comportato una discriminazione indiretta nei confronti del lavoratore disabile. (...) Ripercorrendo l’iter argomentativo effettuato dalla Corte di Giustizia nella citata sentenza del 18 gennaio 2018 in una fattispecie sovrapponibile alla presente (che qui si richiama ai sensi e per gli effetti di cui all’art. 118 disp. att. c.p.c.), ritiene questo Collegio: che l’art. 42 del CCNL del settore, in quanto applicabile in modo identico alle persone disabili ed alle persone non disabili che sono state assenti dal lavoro, non introduce una disparità di trattamento direttamente basata sulla disabilità; che in relazione invece alla valutazione delle condizioni previste dall’art. 2, paragrafo 2 lettera b) i) tale disposizione, pur se tende ad un legittimo contemperamento degli interessi delle parti del rapporto di lavoro, ecceda quanto necessario per realizzare tale finalità, trascurando la condizione di disabile e prendendo in considerazione anche giorni di assenza dovuti a patologia collegata alla disabilità nel calcolo dei giorni di assenza per malattia. In questo senso, si legge della sentenza citata della Corte di giustizia: “rispetto ad un lavoratore non disabile, un lavoratore disabile è esposto al rischio ulteriore di assenze dovute ad una malattia collegata alla sua disabilità. Egli è quindi soggetto ad un maggiore rischio di accumulare giorni di assenza per malattia ...(punto 39); inoltre, “non si deve





inoltre ignorare che il rischio cui sono soggette le persone disabili, le quali, in generale, incontrano maggiori difficoltà rispetto ai lavoratori non disabili a reinserirsi nel mondo del lavoro e hanno esigenze specifiche connesse alla tutela previste dalla loro condizione (punto 50)” (così Corte Appello di Milano, est. Picciau, n. 755/2018, qui richiamata ex art. 118 disp. att. c.p.c.).

Nel caso di specie, è l'analisi della certificazione medica prodotta a comprovare l'effettività anche in concreto del maggior rischio, per il disabile, di doversi assentare per malattia rispetto al lavoratore non disabile, posto che, come già detto, le diagnosi poste a base dell'assenza sono per la maggioranza riferibili alla retinite pigmentosa e all'insufficienza renale cronica di cui Trapani è affetto.

Considerato che secondo la già citata Corte giustizia UE sez. III, 18/01/2018, n. 270 “L’art. 2 § 2 Lett. b) punto i) Direttiva 2000/78/CE, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale in base alla quale un datore di lavoro può licenziare un lavoratore in ragione di assenze intermittenti dal lavoro, sebbene giustificate, nella situazione in cui tali assenze sono dovute a malattie imputabili alla disabilità di cui soffre il lavoratore, tranne se tale normativa, nel perseguire l’obiettivo legittimo di lottare contro l’assenteismo, non va al di là di quanto necessario per raggiungere tale obiettivo, circostanza che spetta al giudice del rinvio valutare”, ritiene la Corte che la norma dell’art. 42 CCNL applicato, pur sorretta da finalità legittima, produca un effetto discriminatorio se applicata a lavoratore disabile, travalicando – in questa ipotesi – i limiti necessari al perseguimento della finalità lecita ad essa sottesa, in assenza di qualsivoglia specifico contemperamento perequativo a tutela della specifica posizione del disabile.

La correttezza delle conclusioni ora formulate (coerenti con quelle alle quali questa Corte è già giunta con sentenza n. 755/2018) non è scalfita dalle argomentazioni difensive di segno contrario formulate in questa sede da AMSA spa.





Diversamente da quanto opinato dalla reclamante, infatti, le previsioni del CCNL che prevedono, durante il periodo di comporto, oneri economici a carico del datore di lavoro, ad integrazione del trattamento erogato da INPS, così come quelle contemplanti la facoltà del dipendente di prorogare la propria assenza anche oltre il limite del comporto, per il tramite di aspettativa non retribuita, non costituiscono forme di temperamento poste a tutela della specifica situazione del disabile, essendo al contrario norme di applicazione generalizzata per l'ipotesi di assenza per malattia (senza distinzione tra malattia dovuta a disabilità dalle altre ipotesi di malattia disancorate dalla disabilità).

Dette norme, quindi, non valgono ad escludere che l'art. 42 CCNL, nel trattare indifferentemente l'assenza per malattia di disabili e non, ecceda i limiti necessari al perseguimento del legittimo obiettivo di combattere l'assenteismo e di consentire il proficuo utilizzo delle prestazioni lavorative dei dipendenti, posto che esse non contemplano in alcun modo la specificità del disabile e non costituiscono quindi un efficace bilanciamento rispetto agli effetti dell'applicazione di un criterio di calcolo indifferenziato, e quindi discriminatorio, del periodo di comporto.

Né risultano pertinenti gli ulteriori rilievi della reclamante, che ha sostenuto di avere sempre adibito il lavoratore disabile a mansioni compatibili con lo stato di salute di quest'ultimo, nel pieno rispetto delle norme di legge e contrattuali vigenti; il che varrebbe, secondo la società, ad escludere qualsivoglia discriminarietà del recesso.

La circostanza che Amsa spa abbia adempiuto all'obbligo di assegnare al lavoratore mansioni compatibili con il proprio stato di salute (evitando quindi che, in conseguenza dell'attività lavorativa, detto stato di salute si aggravasse ulteriormente) non interferisce con il diverso tema del calcolo del periodo di comporto, avvenuto secondo parametri identici (e solo apparentemente neutri) per il lavoratore non disabile e per quello disabile.

Quanto alla mancata conoscenza in capo al datore di lavoro delle ragioni per cui il dipendente si è assentato per malattia, è sufficiente osservare





che la discriminazione rileva oggettivamente, sicché è del tutto ininfluyente – ai fini del riconoscimento della discriminatorietà di un atto – l'intento soggettivo dell'agente: ciò che la legislazione prende in considerazione è l'effetto oggettivamente considerato del trattamento discriminatorio, che è anche ciò che essa intende evitare.

La decisione di prime cure resiste alle critiche mosse anche con riguardo alla liquidazione del risarcimento del danno, non essendovi prova dell'assoluta inidoneità alla mansione lavorativa da parte di Trapani e della non utilizzabilità del dipendente disabile in seno all'azienda (non essendo detta inidoneità la ragione sottesa al licenziamento oggetto di causa).

Quanto all'*aliunde perceptum*, se è vero che tale la detrazione può essere compiuta d'ufficio dal Giudice, ciò tuttavia è possibile unicamente in presenza di specifica allegazione, ad opera della parte interessata, in ordine ai relativi presupposti.

In tal senso si è più volte pronunciato il Supremo Collegio, da ultimo affermando che *“la deduzione – pur non integrando una eccezione in senso stretto ed essendo, pertanto rilevabile dal giudice anche in assenza di un'eccezione di parte - presuppone comunque l'allegazione da parte del datore di lavoro di circostanze di fatto specifiche”* e il datore di lavoro, *“onerato a provare l'aliunde perceptum da detrarre dall'ammontare del risarcimento del danno (...) non può esonerarsi chiedendo al giudice di voler disporre generiche informative o di attivare poteri istruttori con finalità meramente esplorative”* (Cass. 31.1.17, n. 2499; conf. Cass. 5.7.2018 n. 17683, secondo cui *“in tema di licenziamento illegittimo, il datore di lavoro che affermi la detraibilità dall'indennità risarcitoria prevista dal nuovo testo dell'art. 18, comma 4, st.lav., a titolo di "aliunde percipiendum", di quanto il lavoratore avrebbe potuto percepire dedicandosi alla ricerca di una nuova occupazione, ha l'onere di allegare le circostanze specifiche riguardanti la situazione del mercato del lavoro in relazione alla professionalità del danneggiato, da cui desumere, anche con ragionamento presuntivo, l'utilizzabilità di tale professionalità per il conseguimento di nuovi guadagni e la riduzione del danno”*, nonché Cass. 04/12/2014,





n. 25679; Cass. 11 marzo 2015 n. 4884, 29 dicembre 2014 n. 27424, 4 dicembre 2014, n. 25679).

L'applicazione di tali principi, condivisi da questa Corte, al caso di specie, induce ad escludere che possano essere quantificate le somme oggetto della statuizione di prime cure, non avendo la società né dedotto né offerto di provare quali redditi da lavoro il dipendente avrebbe percepito nel periodo di estromissione dall'azienda.

Né, diversamente da quanto opinato dalla reclamante, risultano detraibili dal risarcimento le indennità di disoccupazione, di cassa integrazione, o altri analoghi trattamenti previdenziali, perché essi non sono acquisiti in via definitiva dal lavoratore, essendo ripetibili ove ne vengano meno i presupposti (Cass., sez. lav., 14 febbraio 2011, n. 359).

Quanto infine alla richiesta di compensare, in conseguenza con la condanna alla reintegrazione, le somme versate da Amsa spa a Trapani a titolo di TFR e di indennità sostitutiva di preavviso con quanto liquidato dal primo giudice a titolo di risarcimento del danno, va osservato che, oltre a trattarsi di questione attinente la corretta esecuzione della pronuncia gravata, non è stata fornita prova, da parte di Amsa spa, dell'esistenza del proprio credito restitutorio. Ed infatti nella propria memoria difensiva Trapani ha affermato che TFR e indennità sostituiva del preavviso erano già state portate in detrazione da Amsa spa nel cedolino di Novembre 2019; nelle note depositate in data 28.7.2020 Amsa non ha contestato la veridicità della circostanza né ha riproposto l'istanza di compensazione.

Per questi motivi, assorbito ogni altro profilo di gravame, il reclamo deve essere respinto e la sentenza confermata.

Le spese di lite del grado seguono la soccombenza e si liquidano in dispositivo, avendo riguardo alla natura e al valore della controversia, all'assenza di istruttoria orale e alle tariffe di cui al DM n. 55/2014 come modificato dal DM n. 37/2018, con distrazione a favore degli avv. Fotia e Frugoni, che ne hanno fatto rituale richiesta.





Si dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento da parte della parte reclamante dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato di cui all'art. 13, comma 1-*quater* del DPR n. 115/02 così come modificato dall'art. 1 comma 17 della legge 24.12.2012 n. 228.

PQM

respinge il reclamo;

condanna Azienda Milanese Servizi Ambientali S.p.A. a rifondere a Silvano TRAPANI le spese di lite del grado, liquidate in euro 3.300,00 per compenso professionale, oltre iva, cpa e rimborso forfettario spese generali al 15%, con distrazione a favore degli avv. Fotia e Frugoni;

dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento da parte della reclamante dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato di cui all'art. 13, comma 1-*quater* del DPR n. 115/02 così come modificato dall'art. 1 comma 17 della legge 24.12.2012 n. 228.

Milano, 29.7.2020

Il Consigliere est.

Dr.ssa Laura Bertoli

Il Presidente

Dr.ssa Monica Vitali



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE DI APPELLO DI NAPOLI

sezione controversie di lavoro e di previdenza ed assistenza composta dai magistrati:

dott. Piero Francesco De Pietro	Presidente
dott. Antonietta Savino	Consigliere rel.
dott. Daniele Colucci	Consigliere

ha pronunciato nel giudizio di reclamo ex art. 1, comma 58, l. n.92/2012, deciso all'udienza del 10/1/2023

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con ricorso depositato il 26/7/22 la società in epigrafe ha proposto reclamo avverso la sentenza n.2832/22, pubblicata il 21/7/22, con cui il Tribunale di Napoli Nord aveva rigettato la sua opposizione all'ordinanza del 30/6/21, emessa nell'ambito del giudizio azionato da ex art. 1, comma 48 e ss., della legge n.92/2012; con la predetta ordinanza il medesimo Tribunale aveva dichiarato nullo il licenziamento del 12/8/20 per superamento del periodo di comporta e condannato la società convenuta a reintegrare il lavoratore ed al pagamento di una indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento a quello dell'effettiva reintegra. La reclamante ha censurato la sentenza di prime cure sostenendone l'erroneità per avere ritenuto illegittimo il licenziamento impugnato sul presupposto che la società non avesse adottato i dovuti accorgimenti di cui al d.lgs 216/2003-attuativo della direttiva comunitaria 200/78CE- in considerazione della situazione di handicap del , affetto da una malattia (sclerosi multipla) definitiva e degenerativa; il Tribunale non aveva tenuto conto, tanto nella fase sommaria che in quella di opposizione, di quanto allegato e dedotto da essa società, in particolare del numero complessivo delle assenze del lavoratore, pari a 821 giorni nell'arco temporale dal 2017 al 2020, e che lo stesso aveva superato il periodo di comporta già nell'anno 2019; che l'unico accorgimento che il datore di lavoro avrebbe potuto adottare ed aveva adottato era stato attendere che le condizioni di salute del proprio dipendente migliorassero, nonostante l'assenza di qualsiasi collaborazione da parte dello stesso, che non aveva mai comunicato all'azienda di essere invalido ai sensi della legge 104/92 nè di essere affetto da una malattia definitiva ed irreversibile; che, pertanto, non si riusciva a comprendere quali altri accorgimenti avrebbe potuto adottare il datore di lavoro in mancanza di una norma, anche di natura contrattuale, in proposito; il primo giudice non

aveva considerato altresì che l'Inps, una volta superato il periodo di comporta, non avrebbe più corrisposto l'indennità di malattia, come era stato evidenziato al già nella nota dell'8/7/20, antecedente al licenziamento, circostanza questa rilevante proprio ai sensi di quanto previsto dal d.lgs 216/2003, atteso che gli accorgimenti ivi previsti non devono mai comportare oneri eccessivi per il datore di lavoro, dovendo contemperarsi sempre le contrapposte esigenze; che la società si era limitata ad applicare una norma contrattuale e che non poteva essere rimesso al giudice di costruire una ipotesi di comporta senza fine; che il lavoratore non aveva chiesto l'aspettativa prima del superamento del periodo di comporta, come pure avrebbe potuto fare in base alle previsioni del CCNL.

Erronea era comunque l'interpretazione del d.lgs n. 2003/216 alla luce dell'elaborazione giurisprudenziale in proposito; in ogni caso essa reclamante non poteva essere condannata al risarcimento del danno pari alle retribuzioni maturate medio tempore, non essendovi stato alcun inadempimento da parte sua, essendosi limitata ad applicare una norma contrattuale.

La società reclamante ha chiesto, pertanto, in riforma dell'impugnata sentenza, il rigetto della domanda di primo grado.

Ricostituito il contraddittorio, il reclamato ha chiesto il rigetto del gravame in quanto infondato per le varie ragioni evidenziate in memoria.

All'odierna udienza la causa è stata decisa.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Il reclamo proposto è infondato e va rigettato per le considerazioni che seguono.

La società reclamante ha impugnato la sentenza che ha accolto la domanda di licenziamento discriminatorio ex art. 1 del D.Lgs. n.216 del 2003, emesso in attuazione della direttiva 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro.

Sostiene l'impugnante che la medesima direttiva comunitaria richiamata dal Tribunale pone un limite agli accorgimenti datoriali, che devono essere ragionevoli e non devono comportare sforzi finanziari sproporzionati ed eccessivi, e che, nel caso concreto, la società si era limitata ad applicare una norma contrattuale che disciplinava il recesso per superamento del periodo di comporta, senza alcuna esclusione; che il datore di lavoro non poteva farsi carico sine die delle conseguenze delle malattie invalidanti.

Gli antefatti di causa sono pacifici ed incontestati e si possono così riassumere:

è incontestato che il sia affetto da sclerosi multipla e sottoposto, con cadenza settimanale, a

terapia salvavita a base di interferone; lo stesso, già dal 2015, percepisce l'assegno ordinario di invalidità, prestazione riconosciuta in favore di coloro la cui capacità di lavoro è ridotta a meno di un terzo.

Vi è agli atti un prospetto di tutte le assenze per malattia del reclamato nel periodo 2017/2020; in particolare, per quanto riguarda l'anno che rileva nel presente giudizio, che è esclusivamente il 2020, non vi è alcuna contestazione circa le assenze per malattia effettuate entro il mese di giugno 2020, tutte ricollegate alla predetta patologia di carattere irreversibile e, pertanto, rientrante nella nozione di handicap, come affermato dal Tribunale e non censurato dall'impugnante.

Con lettera datata 12 agosto 2020 la società ha comunicato al la risoluzione del rapporto di lavoro con effetto immediato per superamento del periodo di comportamento previsto dall'art. 186 CCNL commercio relativamente all'anno 2020 (il periodo considerato va da gennaio alla fine di luglio 2020), come preannunziatogli con lettera dell'8 luglio 2020. Pare a questo punto utile riportare la disciplina collettiva sul superamento del periodo di comportamento per vedere se si ponga in conflitto con la direttiva comunitaria invocata dal lavoratore (Direttiva 2000/78) in attuazione della quale è stato introdotto il D.Lgs n. 216 del 2003, che all'art. 2 disciplina la "nozione di discriminazione", distinguendola in diretta (lett. a) ed indiretta (lett. b).

L'art.186 così dispone: Periodo di comportamento:

"Durante la malattia il lavoratore non in prova ha diritto alla conservazione del posto di lavoro per un periodo massimo di 180 giorni in un anno solare - trascorso il quale, perdurando la malattia, il datore di lavoro potrà procedere al licenziamento".

L'art. 187 intitolato - Trattamento economico di malattia stabilisce poi: "Durante il periodo di malattia, previsto dall'articolo precedente, il lavoratore avrà diritto... segue l'indicazione delle indennità spettanti a carico del datore e dell'Inps.

Il successivo comma stabilisce che "non sono computabili, ai soli fini dell'applicazione della disciplina prevista dal precedente comma, gli eventi morbosi dovuti alle seguenti cause: ricovero ospedaliero, day hospital, emodialisi, i giorni di assenza per malattia certificati con prognosi iniziale non inferiore a 12 giorni, sclerosi multipla o progressiva e le patologie di cui all'art. 192, terzo comma".

L'art. 192 prevede poi una aspettativa non retribuita per malattia per il periodo ivi specificato da richiedere prima della scadenza del 180 previsti dall'art. 186; per le malattie gravi e continuative che comportino terapie salvavita prevede un periodo

di aspettativa aggiuntivo fino ad un massimo di 12 mesi.

Orbene, il Tribunale, assorbita ogni ulteriore questione, ha accolto l'impugnativa del recesso datoriale azionata dal Castaldo avendo ritenuto, conformemente ad una nutrita giurisprudenza di merito, che costituisca discriminazione indiretta ex art. 2 lett. b) del cit. D.Lgs n.216 del 2003 - che si verifica quando una disposizione (in questo caso la clausola del contratto collettivo sulla durata del periodo di comperto), apparentemente neutra, cagiona ad un soggetto "debole" (nel nostro caso un portatore di handicap) una situazione di svantaggio rispetto agli altri lavoratori che non hanno una simile fragilità - la previsione di un trattamento indifferenziato tra i lavoratori abili ed i disabili che si assentano dal lavoro per malattie collegate al loro stato di disabilità, come appunto nella fattispecie in esame.

La normativa invocata (D.Lgs. n.216 del 2003) è stata introdotta in attuazione della Direttiva 2000/78/CE, che mira a garantire la parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla religione, dalle convinzioni personali, dagli handicap, dall'età e dall'orientamento sessuale, anche in ambito lavorativo. Alla lettera a) dell'art. 2 è definita la discriminazione diretta che si ravvisa "quando, per religione, per convinzioni personali, per handicap, per età o per orientamento sessuale, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga". Alla successiva lettera b), poi, è data la definizione della nozione di discriminazione indiretta che sussiste nel caso in cui "una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri possono mettere le persone che professano una determinata religione o ideologia di altra natura, le persone portatrici di handicap, le persone di una particolare età o di un orientamento sessuale in una situazione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone".

Mentre nel caso di discriminazione diretta è la condotta, il comportamento tenuto, che determina la disparità di trattamento, nel caso di discriminazione indiretta, la disparità vietata è l'effetto di un atto, di un patto, di una disposizione o di una prassi in sé legittima.

La direttiva comunitaria sopra citata all'art. 5 dispone che il datore di lavoro è tenuto ad adottare "soluzioni ragionevoli per i disabili". Si legge infatti testualmente che : "per garantire il rispetto del principio della parità di trattamento dei disabili, sono previste soluzioni ragionevoli. Ciò significa che il datore di lavoro prende i

provvedimenti appropriati, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, per consentire ai disabili di accedere ad un lavoro, di svolgerlo o di avere una promozione o perchè possano ricevere una formazione, a meno che tali provvedimenti richiedano da parte del datore di lavoro un onere finanziario sproporzionato. Tale soluzione non è sproporzionata allorché l'onere è compensato in modo sufficiente da misure esistenti nel quadro della politica dello Stato membro a favore dei disabili."

Anche l'art. 3, comma 3 bis del D.Lgs. n. 216 del 2003 dispone che il datore di lavoro è tenuto ad adottare "accomodamenti ragionevoli" per garantire alle persone con disabilità la piena eguaglianza con gli altri lavoratori.

Dal complesso delle suddette disposizioni emerge, dunque, che il datore di lavoro debba tenere in considerazione la situazione di svantaggio del lavoratore, adottando "soluzioni ragionevoli", idonee ad evitare una discriminazione indiretta che produca l'effetto di estromettere il dipendente disabile dal lavoro proprio a causa della sua disabilità.

Orbene, alla luce della normativa in esame risulta pienamente condivisibile quanto affermato dal Tribunale, ossia che applicare indistintamente la disciplina del licenziamento per superamento del periodo di comporta sia nei confronti dei lavoratori affetti da patologie transitorie che di quelli divenuti, nel corso del rapporto di lavoro, disabili per malattia grave ed irreversibile rappresenti una forma di discriminazione indiretta.

Pare utile al riguardo richiamare alcuni principi sanciti dalla Corte di Giustizia UE nella sentenza 18.01.2018 (causa C270/16) che, in una vicenda simile a quella oggetto di causa, è stata chiamata a chiarire la portata interpretativa dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera b), della Direttiva 2000/78, dettando importanti linee guida che devono essere seguite anche nella risoluzione della presente controversia.

La Corte - facendo proprio il principio per cui un lavoratore disabile viene ad essere, in via generale, maggiormente esposto al rischio di ammalarsi per le sue patologie invalidanti rispetto a un lavoratore non disabile - ha ritenuto che, trattando in modo generalizzato le assenze intermittenti dal lavoro dei dipendenti, si creava una disparità di trattamento sostanziale e si finiva per assimilare una patologia legata ad una disabilità alla nozione generale di malattia.

Il giudice di merito, pertanto, deve prendere in considerazione tutti gli elementi rilevanti per addivenire ad una decisione calata nel concreto, attraverso un bilanciamento dei contrapposti interessi in modo equilibrato e ragionevole.

Ed allora occorre evidenziare - in via generale - che la contrattazione collettiva - chiamata dall'art. 2110 comma 2. c.c. a disciplinare nei vari settori di applicazione della stessa il c.d. periodo di comportamento entro il quale il lavoratore che si assenta per malattia ha diritto alla conservazione del posto di lavoro con il relativo trattamento economico - si è evoluta nel tempo introducendo via via importanti differenziazioni per situazioni in cui il lavoratore venga colpito da gravi malattie spesso croniche ed invalidanti (quali quelle oncologiche o necessitanti di terapie salvavita o ad esse assimilabili), che, pertanto, vengono assoggettate ad una disciplina speciale, di maggior tutela rispetto alle altre malattie comuni che evolvono rapidamente in una completa guarigione.

Ed invero lo stesso CCNL applicabile alla fattispecie concreta ha introdotto alcune deroghe stabilendo con l'art. 187 l'esclusione dalla disciplina del primo comma, relativo al trattamento economico di malattia, di alcune assenze per malattia dovute a "day hospital", ricoveri ospedalieri, per la somministrazione di terapie salvavita e specificamente proprio in caso di sclerosi multipla, con ciò dimostrando l'intenzione delle parti sociali di tutelare, in quelle situazioni, maggiormente la salute del lavoratore che deve prevalere sulle esigenze di efficienza perseguite dall'imprenditore. Orbene, nella fattispecie in esame, non è contestato che le assenze per malattia poste in essere dal reclamato sono collegate al suo status di handicap e che si tratti, senza alcun dubbio, di una patologia rientrante nella nozione di handicap così come definita dalla direttiva comunitaria 2000/78, come già detto, non è in contestazione (cfr in tal senso anche Cass. 2019/29289).

Il CCNL di categoria, nel disciplinare il trattamento economico del lavoratore assente per malattia, prevede regole ben precise che contengono l'onere economico in capo all'azienda entro determinati limiti temporali, superati i quali il lavoratore malato conserva soltanto il diritto al mantenimento nel posto di lavoro senza retribuzione.

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

Gli oneri prettamente retributivi a carico del datore di lavoro sono, quindi, davvero contenuti.

Si può, dunque, concludere che, nella fattispecie concreta, l'esclusione dal computo del periodo di comportamento dei giorni di assenza per malattie connesse allo stato di handicap dei lavoratori non costituisca un carico eccessivo per il datore di lavoro, che ha a

disposizione tutta una serie di misure e sostegni per poterlo sopportare, non ultimo quello di controllare in modo costante l'idoneità alla mansione del lavoratore disabile; controllo che - nel caso del - è avvenuto solo nel 2020, mentre il datore di lavoro non ha mai utilizzato questo strumento per verificare, anche in considerazione delle numerose assenze avvenute già a partire dal 2017 (addirittura superiori ai 180 giorni di copertura della malattia da parte dell'INPS nel 2019, come sostiene la società, che tuttavia le ha tollerate senza procedere ad alcun recesso), l'eventuale ulteriore aggravamento delle patologie invalidanti tale da renderlo incompatibile a qualsiasi mansione presente in azienda; il tutto per potere applicare l'istituto della sospensione dal lavoro e dalla retribuzione sino alla cessazione dell'incompatibilità oppure - in extremis - addivenire ad un licenziamento per inidoneità assoluta alla mansione, ove sussistente.

Non può pertanto essere condiviso - seppure suggestivo - l'assunto della società reclamante secondo cui, ad accogliere la tesi sostenuta dal reclamato e condivisa dal Tribunale, il datore di lavoro verrebbe ad essere assoggettato, senza alcuna sua responsabilità e, quindi, rispondendo oggettivamente, ad un insostenibile onere di mantenere in forza un lavoratore disabile sine die, essendovi tutta una serie di misure e coperture a sostegno degli oneri imprenditoriali.

Né risulta che, nella fattispecie concreta, il datore di lavoro abbia assunto comportamenti idonei a evitare la discriminazione indiretta (quali, ad esempio, la non computabilità nel periodo di comportamento delle assenze dovute alla malattia che ha cagionato la disabilità, la riduzione dell'orario di lavoro, l'avviso dell'approssimarsi della scadenza del periodo di comportamento o della possibilità di fruire dell'aspettativa non retribuita o di fruire delle ferie residue, tutti accomodamenti ragionevoli, essendosi lo stesso limitato ad applicare alla lettera la norma contrattuale collettiva.

Non può, pertanto, essere condivisa la censura con cui la società sostiene di avere adottato l'unico accorgimento possibile, ossia aspettare la guarigione del dipendente, che aveva cumulato nei tre anni considerati un numero di assenze pari a 821, superando già nel 2019 il periodo di comportamento.

Ed allora - operato il bilanciamento dei contrapposti interessi come richiesto dalla direttiva comunitaria, - non si può che concludere che le parti sociali che hanno stipulato il CCNL, nel non avere contemplato un regime differenziato del periodo di comportamento per malattie connesse allo stato di handicap (eventualmente prevedendo per i disabili un periodo di comportamento più lungo), abbiano posto in essere una

discriminazione indiretta, equiparando in modo non consentito lo stato di handicap (caratterizzato da una menomazione permanente non destinata alla guarigione ma, nella maggior parte dei casi, al peggioramento dei postumi) ad una comune malattia (intesa come episodio di inabilità temporanea destinato alla guarigione).

Ed una simile discriminazione indiretta è tale da provocare, come già ritenuto dal primo giudice, la nullità del licenziamento disposto dalla società reclamante.

Come inoltre evidenziato dal Tribunale, appare irrilevante la conoscenza o la conoscibilità dello stato di handicap del lavoratore per il carattere imperativo del principio comunitario di parità di trattamento; pertanto, a prescindere dalla conoscenza che il datore di lavoro abbia o meno dello stato di handicap (sebbene, nel caso concreto, risulti poco verosimile la non conoscenza della patologia da cui risulta affetto il), deve essere comunque eliminato l'effetto di una discriminazione anche indiretta indipendentemente dall'applicazione apparentemente neutra di una norma di diritto o negoziale o di una prassi laddove la stessa ridondi in un trattamento deteriore per il portatore di handicap.

In ogni caso, anche a ragionare diversamente, non può questa Corte esimersi dal valutare un ulteriore motivo di invalidità del recesso datoriale, evidentemente ritenuto assorbito dal primo giudice, che rende ulteriormente inaccoglibili le rimostranze della società reclamante.

Ritiene, invero, il collegio che, come giustamente evidenziato dal già in primo grado e riproposto ai sensi e per gli effetti dell'art. 346 c.p.c. in questo grado del giudizio, senza che vi fosse bisogno di alcun reclamo incidentale, come, invece, sostenuto dalla difesa della reclamante in sede di discussione orale, il periodo di comportamento previsto dalla contrattazione collettiva (almeno 181 giorni nell'anno solare) non sia stato affatto superato, nel caso concreto.

Ed infatti non può tenersi conto, ai fini del superamento del periodo di comportamento, delle assenze relative al mese di luglio 2020, in quanto risulta che, a decorrere dal 1° luglio 2020, la , in accoglimento dell'istanza del lavoratore, antecedente al disposto licenziamento, lo aveva collocato in ferie affinché godesse dei suoi 56 giorni di ferie residue, come confermato dalla missiva aziendale indirizzata al dalla società medesima.

Orbene, il mutamento del titolo dell'assenza (da malattia a ferie non godute), allo scopo di sospendere il decorso del periodo di comportamento, è ritenuto ammissibile anche dalla giurisprudenza di

legittimità (cfr Cassazione civile, sez. lav., 14/09/2020, n.19062, Cass. n. 27392/18, Cass. n. 8834/17 e n.7433/16), non sussistendo una incompatibilità assoluta tra malattia e ferie e dovendo ritenersi prevalente l'interesse del lavoratore ad evitare in tal modo la possibile perdita del posto di lavoro per scadenza del periodo di comporta.

Dunque, a decorrere dal 1°7.2020 le assenze del sono state imputate a ferie e ciò per espressa disposizione aziendale, ferie che, in quanto ammontanti a 56 giorni, si sarebbero dovute protrarre sino a settembre inoltrato (epoca ampiamente successiva al licenziamento per cui è causa, intimato con lettera recante la data del 12.8.2020).

E, trattandosi di giorni di ferie, non potevano certo essere conteggiati come assenze per malattia.

Dunque, detratti dagli indicati 210 gg. di assenza i 31 giorni di luglio 2020 (che, lo si ribadisce, non erano più imputabili ad assenze per malattia, ma a ferie), emerge un totale di soli 179 giorni (210 - 31 = 179).

E, per costante giurisprudenza, il licenziamento intimato prima dell'esaurimento del periodo di comporta non è meramente inefficace, ma è nullo per violazione della norma imperativa di cui all'art. 2110, comma 2, c.c. (così Cass. Sezioni Unite n. 12568/18).

Conseguentemente la società reclamante avrebbe potuto, dopo la fruizione delle ferie, concedere anche il periodo di aspettativa non retribuita, richiesta dal lavoratore con nota del 3/8/20.

Ne consegue, per le suesposte ed assorbenti considerazioni, che la sentenza impugnata, anche con le integrazioni motivazionali di questa Corte, deve essere confermata.

Nel caso in esame, in considerazione della peculiarità e complessità delle questioni trattate, oltre che della presenza di orientamenti giurisprudenziali di merito contrastanti e dell'assenza di precedenti specifici di legittimità, sussistono i gravi ed eccezionali motivi richiesti dall'art. 92 comma 2. c.p.c. (nella formulazione originaria conseguente alla sentenza n.77 del 2018 della Corte Costituzionale) per compensare integralmente tra le parti in causa le spese di lite del presente grado di giudizio.

Sussistono i presupposti per il versamento, da parte della parte reclamante, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato, previsto dal D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, art. 13, comma 1 quater, introdotto dalla L. 24 dicembre 2012, n. 228, art. 1, comma 17 (legge di stabilità 2013), se dovuto il contributo.

P.Q.M.

La Corte così provvede:

Rigetta il reclamo e per l'effetto conferma l'impugnata sentenza.

Compensa le spese del grado.

Dà atto che ricorrono le condizioni, ai sensi dell'art.1, comma 17, l. n.228/2012 che ha introdotto il comma 1-quater all'art.13 DPR 115/2002, per il pagamento dell'ulteriore contributo unificato previsto dall'art.13 comma 1 bis, DPR n.115/2002.

Napoli 10/1/23

Il Consigliere rel. est.

Il Presidente



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE D'APPELLO DI TORINO
SEZIONE LAVORO

Composta da:

Dott. Clotilde Fierro	PRESIDENTE Rel.
Dott. Piero Rocchetti	CONSIGLIERE
Dott. Maurizio Alzetta	CONSIGLIERE

S E N T E N Z A

Nella causa di lavoro iscritta al n. **375/2021** R.G.L.

promossa da:

_____, in persona del legale rappresentante pro tempore
_____, rappresentata e difesa dagli avv.ti _____
_____ e _____ ed
elettivamente domiciliata presso il loro studio in _____
_____ per procura allegata alla comparsa di risposta

RECLAMANTE

CONTRO



_____ rappresentato e difeso dagli avv.ti
_____ e _____ ed elettivamente
domiciliato presso lo studio di quest'ultimo in _____ VIA
_____ per procura allegata alla comparsa costitutiva nel
giudizio di opposizione.

RECLAMATO

Oggetto: Reclamo ex art. 1, comma 58, L. 92/2012.

CONCLUSIONI

Per la reclamante: Piaccia all'Ecc.ma Corte, reiectis contrariis, In riforma della sentenza resa inter partes dal Tribunale di Ivrea, in funzione di giudice del lavoro, n. 183/2021 del 15/6/2021, respingere le domande tutte proposte dal sig. _____ con ricorso in data 20/12/2019, e per l'effetto assolvere la _____ da ogni avversaria pretesa ed istanza. Con vittoria di onorari e spese di causa, oltre rimborso forfetario 15%.

Per il reclamato: Voglia l'Ecc.ma Corte d'Appello di Torino **In via principale** Respinta ogni contraria istanza, eccezione e deduzione Rigettare l'appello avanzato dalla società _____ avverso la sentenza del Tribunale di Ivrea, Sezione Lavoro, n. 183/2021 pubblicata il 15 giugno 2021 nella causa RG 63/2021; **In via incidentale, in riforma della gravata sentenza** Dichiarare tenuta e condannare la _____ a rifondere al signor _____ le spese di lite relative al primo grado di giudizio in tutte le fasi, con distrazione a favore dei procuratori antistatari. **In ogni caso** Con vittoria di spese e competenze di giudizio, oltre rimborso al 15%, IVA e CPA come per legge per il grado d'appello, con distrazione a favore dei procuratori antistatari.

FATTO E DIRITTO

Con ricorso ex art. 1, comma 48 della Legge n. 92/2012 _____
_____ conveniva la _____. avanti il Tribunale di Ivrea



per sentir dichiarare l'invalidità del licenziamento intimatogli il 2/10/2019 per superamento del periodo di comporta, con le conseguenze, in via principale, di cui al comma 1 dell'art. 18 della legge n. 300/1970, ovvero, in subordine, di cui ai commi 4 e 7 dello stesso art. 18, ovvero ancora, in estremo subordine, di cui al comma 6 del medesimo disposto.

La _____ si costituiva in giudizio chiedendo il rigetto del ricorso.

Senza compimento di attività istruttoria, con ordinanza 20/1/2021 il tribunale adito, in accoglimento del ricorso, dichiarava la nullità del licenziamento in quanto discriminatorio e condannava la _____. s.r.l. a reintegrare il ricorrente nel posto di lavoro e a corrispondergli un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto per il periodo compreso fra la data del licenziamento e l'effettiva reintegra, nonché a rifondergli le spese di lite.

Avverso detta ordinanza la _____ proponeva opposizione chiedendone la revoca.

Si costitutiva _____ chiedendo la conferma dell'ordinanza.

Con sentenza n. 183/21 il tribunale di Ivrea respingeva l'opposizione compensando le spese.

Avverso detta sentenza propone reclamo la _____ chiedendo l'accoglimento delle conclusioni in epigrafe trascritte.

Resiste l'appellato.

All'udienza del 26 ottobre 2021 la causa è stata discussa oralmente e trattenuta a riserva per la decisione.



Il tribunale ha accolto il ricorso, affermando la natura discriminatoria del licenziamento in oggetto, sulla scorta delle considerazioni di seguito sinteticamente riportate:

1. L'applicazione del medesimo periodo di comparto tanto ai lavoratori normodotati quanto a quelli disabili costituisce discriminazione indiretta, atteso che i lavoratori disabili sono maggiormente esposti al rischio di contrarre patologie causalmente collegate con la loro disabilità;
2. L'assenza di _____ dall'11 al 14 gennaio 2018 è stata determinata dall'adenoma alla prostata con la conseguenza che tale periodo non poteva essere considerato ai fini del comparto in quanto l'assenza era eziologicamente connessa all'accertata disabilità;
3. La circostanza che il datore di lavoro non conosca la diagnosi è irrilevante poiché la discriminazione prescinde dall'intento soggettivo;
4. Parimenti l'impossibilità per il datore di lavoro di differenziare le diverse giornate di assenza è ininfluente poiché il diritto antidiscriminatorio non agisce in ottica sanzionatoria bensì protettiva;
5. Né può imporsi al lavoratore l'onere di comunicare quando l'assenza sia connessa allo stato di disabilità poiché ciò riduce in via interpretativa le tutele riconosciute dall'ordinamento al lavoratore disabile;
6. La presenza di plurime disposizioni in tema di comparto, con periodi diversificati in ragione della gravità della patologia non



esclude la discriminazione poiché il lavoratore non si è potuto giovare di alcune di tali disposizioni;

7. Da ultimo non vi è prova che l'espunzione dal periodo di comporto dei giorni di assenza legati all'accertata disabilità ecceda il canone della ragionevolezza degli accomodamenti che il datore di lavoro è tenuto ad adottare posto che la società non ha trovato che detta neutralizzazione delle assenze si sarebbe tradotta in un costo economico o organizzativo sproporzionato.

Con un unico articolato motivo la società reclamante censura la sentenza lamentando che:

- La necessità di indicare nei certificati di malattia se la stessa costituisce “ patologia grave che richiede terapia salvavita” ovvero stato patologico sotteso o connesso alla situazione di invalidità riconosciuta è stata introdotta dal decreto del Ministero della Salute del 18.4.2012 e la circostanza che in nessun odei certificati medici la malattia sia stata indicata come sottesa alla situazione di invalidità costituisce prova del fatto che non si trattava di malattie collegate alla disabilità riconosciuta al lavoratore dal 14.5.2018;
- In presenza di una malattia prolungata o di ripetuti eventi morbosi vengono a confrontarsi due diversi interessi: quello del lavoratore a conservare il posto di lavoro e quello del datore di lavoro ad esercitare correttamente il proprio diritto di recesso;
- La composizione dei diversi interessi è possibile solo attraverso la cooperazione tra le parti cooperazione che si traduce



necessariamente in capo al lavoratore nel dare notizia sulla riconducibilità della malattia alla disabilità;

- Il nostro ordinamento interno prevede un apparato di meccanismi difensivi attraverso i quali al lavoratore disabile è già garantito un periodo di conservazione del posto più lungo e tre questi il congedo per cure ex art. 7 d.lgs. 119/11, i tre giorni di permesso mensile retribuito ex art. 33, comma 3 , legge 104/92, la diversificazione del comportamento contrattuale in ragione della gravità della malattia ovvero della durata della stessa;
- La sentenza ha omesso di considerare che la società, in adempimento alle prescrizioni del medico competente in esito alla visita del 17.1.2018, ha adibito il _____ a nuove mansioni che non prevedevano la movimentazione manuale di carichi.

In linea di fatto è documentale che il sig. _____ :

- è stato assunto alle dipendenze della _____ in data 1° Settembre 1999 con mansioni di operaio ed inquadra memento nel III livello ccnl di settore;
- con verbale di invalidità del 14.05.2018 è stato riconosciuto invalido civile nella misura del 70% ed a seguito della visita del 29.01.2019 è stato riconosciuto invalido ai fini del collocamento mirato;
- in data 2.10.2019 è stato licenziato per superamento del periodo di comportamento e precisamente per essere stato assente dal lavoro per malattia per 367 giorni nell'arco dei tre anni precedenti ed aver così superato il periodo massimo di conservazione del posto di lavoro di 365 giorni.



Il tribunale ha quindi ritenuto che il sig. _____, essendo affetto da limitazioni fisiche a carattere duraturo che gli impedivano una piena ed effettiva partecipazione alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori, dovesse essere qualificato come “*persona con disabilità*” ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 1 e ss. del d.lgs. 216/2003, e detta statuizione, non censurata, è divenuta definitiva.

Ciò precisato ritiene il collegio che il reclamo sia fondato non potendosi condividere il percorso motivazionale della sentenza impugnata.

Il punto di partenza nell’indagine sulla ipotizzata natura discriminatoria del disabile è rappresentato dalla sentenza della Corte di giustizia (cause riunite C-335/11 e C-337/11) nella quale la Corte europea ha affermato che “*va osservato che un lavoratore disabile è maggiormente esposto al rischio di vedersi applicare il periodo di preavviso ridotto di cui all’articolo 5, paragrafo 2, della FL rispetto ad un lavoratore non disabile. Infatti, come l’avvocato generale ha rilevato al paragrafo 67 delle sue conclusioni, rispetto ad un lavoratore non disabile un lavoratore disabile è esposto al rischio ulteriore di una malattia collegata al suo handicap. Pertanto, egli corre un rischio maggiore di accumulare giorni di assenza per malattia e, quindi, di raggiungere il limite dei 120 giorni contemplato dall’articolo 5, paragrafo 2, della FL.*” giungendo poi a concludere che “*Pertanto, la direttiva 2000/78 deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una disposizione nazionale che prevede che un datore di lavoro possa mettere fine al contratto di lavoro con un*



preavviso ridotto qualora il lavoratore disabile interessato sia stato assente per malattia, con mantenimento della retribuzione, per 120 giorni nel corso degli ultimi dodici mesi, quando tali assenze siano causate dal suo handicap, salvo nel caso in cui detta disposizione, da un lato, persegua un obiettivo legittimo e, dall'altro, non vada al di là di quanto necessario per conseguire tale obiettivo, circostanza che spetta al giudice del rinvio valutare” (cause riunite C-335/11 e C337/11).

Se è quindi innegabile che la CGUE abbia individuato la discriminazione indiretta in danno del disabile nella modalità di computo delle assenze per malattia, in quanto questi è esposto al rischio ulteriore di una malattia legata al suo handicap e pertanto corre un rischio maggiore di accumulare giorni di malattia, è altrettanto vero che le conclusioni cui è giunta la Corte non possono essere estese ad ogni caso di licenziamento del disabile sia perché la fattispecie sottoposta al giudizio della CGUE era caratterizzata da profili fattuali peculiari sia perché in ogni caso è necessario valutare l'obiettivo complessivamente perseguito dalle norme di diritto interno e valutarne la legittimità.

Alla CGUE è stato sottoposto il quesito se la direttiva 2000/78 del Consiglio osti all'applicazione di una disposizione del diritto nazionale in forza della quale il datore di lavoro può licenziare un lavoratore subordinato con un termine di preavviso ridotto allorché il lavoratore ha percepito, nell'arco di 12 mesi consecutivi, la retribuzione nei periodi di malattia per complessivi 120 giorni, qualora



il lavoratore debba essere considerato disabile ai sensi della direttiva e l'assenza sia causata dall'handicap.

Il diritto danese, fattispecie sottoposta all'esame della CGUE, prevede che il rapporto di lavoro sia liberamente recedibile subordinatamente all'osservanza di un termine di preavviso la cui durata aumenta progressivamente con l'incremento dell'anzianità di servizio. E' altresì previsto e disciplinato il diritto dei lavoratori alla retribuzione in caso di assenza per malattia; tuttavia, nel contratto di lavoro scritto può convenirsi che il periodo di preavviso possa essere soltanto di un mese, con scadenza alla fine del mese successivo, se il lavoratore è stato assente per malattia, con mantenimento della retribuzione, per 120 giorni nel corso degli ultimi dodici mesi.

Nel caso deciso dalla Corte europea l'assenza per malattia del lavoratore disabile rendeva quindi più agevole ed immediato l'esercizio del diritto di recesso da parte del datore in quanto comportava una riduzione del termine di preavviso. Di contro, nel caso qui in esame, l'assenza per malattia impedisce al datore di lavoro di esercitare il diritto di recesso durante il periodo di comportamento convenzionalmente pattuito e la prospettiva è quindi diametralmente opposta.

Peraltro la Corte europea, nell'esaminare se la disparità di trattamento fosse oggettivamente giustificata da una finalità legittima, ha ritenuto che la finalità indicata dal governo danese, consistente nell'incentivare i datori di lavoro ad assumere e a mantenere nel posto di lavoro lavoratori che presentino un particolare rischio di assenze ripetute per malattia, consentendo loro di procedere, in un momento



successivo, al licenziamento di questi ultimi con un preavviso ridotto qualora l'assenza tenda a protrarsi per un periodo notevolmente lungo, possa essere considerata idonea a giustificare oggettivamente, nell'ambito del diritto nazionale una disparità di trattamento basata sull'handicap, concretizzando un provvedimento adottato per favorire la flessibilità del mercato del lavoro.

Non ritiene quindi il collegio che la sentenza 335/2013 della CGUE possa di per sé condurre alle conclusioni cui è pervenuto il primo giudice e ciò sia per la diversità delle fattispecie sia per la doverosa valutazione della legittimità dell'obiettivo perseguito dalla disposizione potenzialmente discriminatoria sia infine per la necessità di operare un bilanciamento tra i contrapposti interessi delle parti.

E' infatti indispensabile soppesare gli interessi giuridicamente rilevanti delle parti del rapporto di lavoro: da un lato l'interesse del disabile al mantenimento di un lavoro confacente con il suo stato fisico e psichico, in una situazione di oggettiva ed incolpevole difficoltà; d'altro lato l'interesse del datore a garantirsi comunque una prestazione lavorativa utile per l'impresa, tenuto conto che l'art. 23 Cost. vieta prestazioni assistenziali, anche a carico del datore di lavoro, se non previste per legge (Cass. SS.UU. n. 7755/1998.) e che la stessa direttiva 2000/78/CE, al Suo considerando 17, "non prescrive ... il mantenimento dell'occupazione ... di un individuo non competente, non capace o non disponibile ad effettuare le funzioni essenziali del lavoro in questione"



L'interesse del lavoratore disabile a conservare il posto di lavoro deve essere ponderato in relazione sinallagmatica con quello del datore di lavoro di non doversi fare carico a tempo indefinito del contraccolpo che le assenze cagionano all'organizzazione aziendale, bilanciamento di interessi del tutto trascurato nella sentenza impugnata.

Se poi anche si volesse ipotizzare l'esistenza di un obbligo in capo al datore di lavoro di espungere dal comparto le assenze collegate allo stato di invalidità del dipendente, affermazione non condivisa dal collegio, allora necessariamente occorrerebbe, al fine di rendere esigibile detto obbligo, 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 di cui normalmente viene a conoscenza solo in sede di impugnazione del recesso.

Il dovere del datore di lavoro di espungere dai giorni di assenza per malattia quelli riconducibili alla disabilità del dipendente presuppone infatti la conoscenza della ragione dell'assenza e detta conoscenza è possibile solo con la cooperazione del dipendente sul quale incombe l'onere di comunicare le assenze riconducibili alla disabilità.

L'adempimento di detto onere è reso estremamente agevole dal d.m. 18.4.2012 che ha introdotto la possibilità di indicare nei certificati barrando la corrispondente casella se l'assenza dal lavoro sia uno stato patologico connesso alla situazione di invalidità riconosciuta.

La composizione dei contrapposti interessi delle parti è quindi possibile solo per il tramite della collaborazione di entrambe le parti e



la comunicazione da parte del lavoratore disabile dei giorni di malattia riconducibili alla disabilità, oltre ad essere condotta certamente non gravosa, si inquadra nel rispetto dei canoni di buona fede e correttezza nell'adempimento della prestazione.

Nel giudizio di bilanciamento dei contrapposti interessi delle parti non può infatti prescindersi dalla considerazione che è il lavoratore a dover dimostrare l'esistenza di una causa giustificatrice dell'assenza, fatto impeditivo dell'inadempimento conseguente alla mancata erogazione della prestazione lavorativa.

Nella specie pacificamente il sig. _____ si è limitato a trasmettere alla _____ i certificati medici relativi alle sue assenze per malattia senza curare che negli stessi venisse indicata la riconducibilità causale dell'assenza alla sua condizione di invalido né comunicare altrimenti la circostanza. L'inadempimento del lavoratore all'obbligo di cooperazione rende quindi inesigibile il preteso obbligo del datore di lavoro di espungere dal comparto le giornate di assenza correlate all'invalidità.

Inoltre rileva il collegio, condividendo sul punto i rilievi della reclamante, che nella specie la potenziale discriminazione del disabile a causa dell'aumentato rischio di assenze per malattia è esclusa in radice dalle norme di legge e contrattuali che prolungano il periodo di comparto del disabile.

Rientrano in tale apparato di meccanismi di maggior tutela del disabile il congedo per cure accordato dall'art. 7 d.lgs. 119/11, espressamente escluso dal periodo di comparto, ed i permessi ex art.



33 legge 104/92, norme entrambe finalizzate ad alleggerire il peso della prestazione lavorativa per il lavoratore disabile.

La natura potenzialmente discriminatoria del periodo di conservazione del posto di lavoro determinato in misura uguale per i lavoratori normodotati e per i disabili è poi esclusa dalla previsione pattizia del comparto prolungato. Il ccnl di settore prevede infatti un periodo più lungo di conservazione del posto di lavoro in ipotesi di evento continuativo con assenza ininterrotta o interrotta da un'unica ripresa non superiore a 61 giorni di calendario ovvero almeno due malattie con assenza pari o superiore a 91 giorni di calendario. E' altresì previsto il comparto prolungato nel caso in cui, alla scadenza del comparto breve, sia in corso una malattia con prognosi pari o superiore a 91 giorni di calendario. La norma contrattuale tutela quindi in modo differenziato i lavoratori che, a causa delle loro condizioni di salute, siano maggiormente esposti al rischio di assenze prolungate.

La circostanza che le parti sociali, alle quali è demandato il compito di quantificare il periodo decorso il quale il datore di lavoro può esercitare il recesso (art. 2110 II° comma c.c.), abbiano disciplinato in modo differenziato l'ipotesi di malattie che comportino assenze di lunga durata vale di per sé sola ad escludere la discriminazione discendente dall'applicazione dello stesso termine di comparto per i lavoratori normodotati e per quelli disabili poiché il rischio aumentato di assenze a causa di malattia invalidante gravante sui secondi è controbilanciato dal diritto ad un periodo più lungo di conservazione del posto di lavoro.



Infine non può fondatamente sostenersi che l'onere di preavvertire il dipendente del compiersi del periodo di comportamento rappresenti un elemento costitutivo del recesso.

Secondo il condivisibile orientamento espresso in punto dalla Suprema Corte (cass. 20761/18) “nella fattispecie di recesso del datore di lavoro per l'ipotesi di assenze determinate da malattia del lavoratore, tanto nel caso di una sola affezione continuata, quanto in quello del succedersi di diversi episodi morbosi (cosiddetta eccessiva morbilità), la risoluzione del rapporto costituisce la conseguenza di un caso di impossibilità parziale sopravvenuta dell'adempimento, in cui il dato dell'assenza dal lavoro per infermità ha una valenza puramente oggettiva; ne consegue che non rileva la mancata conoscenza da parte del lavoratore del limite cosiddetto esterno del comportamento e della durata complessiva delle malattie e, in mancanza di un obbligo contrattuale in tal senso, non costituisce violazione da parte del datore di lavoro dei principi di correttezza e buona fede nella esecuzione del contratto la mancata comunicazione al lavoratore dell'approssimarsi del superamento del periodo di comportamento (in quanto tale comunicazione servirebbe in realtà a consentire al dipendente di porre in essere iniziative, quali richieste di ferie o di aspettativa, sostanzialmente elusive dell'accertamento della sua inidoneità ad adempiere l'obbligazione. In senso analogo v. anche Cass. lav. n. 13396 del 13/09/2002: il lavoratore licenziato per superamento del periodo di comportamento non può lamentare che il datore di lavoro non l'abbia messo in grado di avvalersi del diritto, previsto dal contratto collettivo, di fruire di un periodo di aspettativa al termine del comportamento, dal



momento che il datore di lavoro non è tenuto a sollecitare il ricorso all'aspettativa e, d'altra parte, la normativa legale e contrattuale deve essere nota ad entrambe le parti del rapporto. Conforme id. n. 21385 del 10/11/2004. V. altresì Cass. lav. n. 1757 del 1995 e n. 3351 del 1996.”

In accoglimento del reclamo devono quindi respingersi le domande proposte con il ricorso introduttivo del giudizio.

La novità delle questioni trattate giustifica la compensazione delle spese di entrambi i gradi

P.Q.M.

Visti gli art. 1 commi 58 ss. legge 92/12 e 437 c.p.c.,

in accoglimento del reclamo,

respinge le domande proposte con il ricorso introduttivo;

compensa le spese di entrambi i gradi.

Così deciso all'udienza del 26/10/2021.

La presidente

Clotilde Fierro



N. 25/23 SENT.
N. 153/22 R.G.
N. 172/23 CRON.



REPUBBLICA ITALIANA
In Nome del Popolo Italiano
LA CORTE D'APPELLO DI TRIESTE

- Collegio di Lavoro -

composta dai Signori Magistrati

Dott. Mario Pellegrini	- Presidente
Dott. Lucio Benvegnù	- Consigliere
Dott. Giuliano Berardi	- Consigliere relatore

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa in materia di lavoro iscritta al n. 153 del Ruolo 2022, promossa in questa sede di appello con ricorso depositato il 25 novembre 2022

da

[REDACTED], rappresentata e difesa dagli Avv. Giovanni e Silvia Ventura per mandato alle liti esteso su documento informatico separato, ai sensi dell'art. 83, comma 3, c.p.c.

- appellante -

contro

Azienda Sanitaria Provinciale di Siracusa, in persona del direttore generale pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avv. Paolo Riscica per mandato alle liti esteso su documento informatico separato, ai sensi dell'art. 83, comma 3, c.p.c.

- appellata -

nonché

Azienda Sanitaria Provinciale di Catania, in persona del direttore generale pro tempore

- appellata -

Oggetto della causa: appello avverso l'ordinanza ex art. 702 bis c.p.c. pronunciata

oggetto:
pubblico
impiego -
ALTRI I
POTRE SI

9



dal Tribunale di Gorizia in data 28.10.2022, comunicata in pari data

Causa chiamata all'udienza di discussione del 9 febbraio 2023.

Conclusioni

Per l'appellante: "In via principale: in totale riforma dell'ordinanza impugnata, previa eventuale disapplicazione delle norme di legge confliggenti con il diritto dell'Unione europea, accertare e dichiarare la natura discriminatoria in base al fattore della disabilità del bando di mobilità indetto dall'ASP di Catania e pubblicato in data 26.7.2019 sulla Gazzetta Ufficiale della Regione Siciliana – Serie Speciale concorsi n. 8, nella parte in cui prescrive il possesso del seguente requisito sia all'atto della domanda che all'atto del trasferimento: "idoneità piena e incondizionata allo svolgimento delle mansioni proprie del profilo di appartenenza con assenza di limitazioni e di non trovarsi in nessuna condizione contrastante con la piena disponibilità a svolgere incondizionato servizio"; 2) previa eventuale disapplicazione delle norme e/o atti presupposti illegittimi, accertare e dichiarare la natura discriminatoria in base al fattore della disabilità della delibera n. 340 del 14.3.2022 dell'ASP di Siracusa nella parte in cui determina di non poter dar seguito all'atto di nomina della ricorrente utilmente collocata in graduatoria in quanto non in possesso del requisito della piena idoneità alla mansione; 3) accertare e dichiarare in ogni caso ed eventualmente in subordine il carattere discriminatorio del comportamento della ASP di Siracusa per non aver adottato i ragionevoli accomodamenti necessari a garantire la parità di trattamento della ricorrente nell'accesso alla richiesta mobilità; 4) accertare e dichiarare in ogni caso, e se del caso previo mutamento del rito, l'illegittimità del bando di mobilità indetto dall'ASP di Catania e pubblicato in data 26.7.2019 sulla Gazzetta Ufficiale della Regione Siciliana – Serie Speciale concorsi n. 8, nella parte in cui prescrive il possesso del seguente requisito sia all'atto della domanda che all'atto del trasferimento: "idoneità piena e incondizionata allo svolgimento delle mansioni proprie del profilo di appartenenza con assenza di limitazioni e di non trovarsi in nessuna condizione contrastante con la piena disponibilità" e/o della delibera n.



340 del 14.3.2022 dell'ASP di Siracusa nella parte in cui determina di non poter dar seguito all'atto di nomina della ricorrente utilmente collocata in graduatoria in quanto non in possesso del requisito della piena idoneità alla mansione, per violazione dell'art. 3 Cost. e dell'art. 42, comma 1, lett. d), del d.l. n. 69/2013 convertito con modificazioni dalla L. n. 98/2013, ed annullarsi tali atti; 5) per l'effetto dei suddetti accertamenti, previa disapplicazione delle disposizioni di legge, di bando e degli atti amministrativi illegittimi, ordinare alle Aziende convenute, ciascuna secondo le proprie competenze, di cessare immediatamente il comportamento discriminatorio e di rimuoverne gli effetti; 6) ordinare dunque all'ASP di Catania di rettificare il bando di mobilità volontaria di cui è causa in conformità a quanto previsto dall'art. 5 della direttiva 78/2000/CE eliminando l'inciso "idoneità piena e incondizionata allo svolgimento delle mansioni proprie del profilo di appartenenza con assenza di limitazioni e di non trovarsi in nessuna condizione contrastante con la piena disponibilità" e di provvedere alla sua ripubblicazione con clausola corretta, ovvero annullarsi il bando medesimo in parta qua; 7) ordinare all'ASP di Siracusa di rettificare il proprio provvedimento del 14.3.2022 nella parte in cui determina l'esclusione della ricorrente per mancato possesso della piena idoneità alla mansione e dunque di provvedere alla nomina in servizio della ricorrente, con ogni conseguenza di legge o comunque accertare il diritto al trasferimento e all'assunzione della medesima; 8) condannare le AA.SS.PP. convenute al risarcimento del danno non patrimoniale in favore della ricorrente da determinarsi equitativamente ex art. 1226 c.c. ex art. 28 d.lgs. n. 150/2011; 9) ordinare la pubblicazione del provvedimento, per una sola volta e a spese del convenuto, su un quotidiano di tiratura nazionale; 10) Con vittoria di spese e competenze di entrambi i gradi di giudizio. In via istruttoria: 1) ordinare alle convenute di comunicare le consistenze organiche delle Aziende Sanitarie del bacino della Sicilia Orientale nonché in particolare dell'Azienda di Siracusa; 2) ammettere interrogatorio formale del legale rappresentante delle aziende convenute nonché prova per testi sui capitoli da 1) a 10) cui si intende premesso



“vero che”; si indicano come testi: [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED].”

Per l'appellata: “Chiede l'integrale rigetto di tutte le domande proposte da controparte con il ricorso in appello ex art. 702 quater c.p.c. introduttivo del presente giudizio perché infondate in fatto ed in diritto, con la conseguente integrale conferma dell'impugnata ordinanza. Con vittoria di spese, competenze ed onorari.”

* * *

Ragioni di fatto e di diritto della decisione

[REDACTED] collaboratrice professionale sanitaria di categoria D secondo il c.c.n.l. del comparto Sanità, attualmente in servizio alle dipendenze della Azienda Sanitaria Universitaria Giuliano Isontina, aveva adito il giudice del lavoro presso il Tribunale di Gorizia lamentando la natura discriminatoria della procedura di mobilità volontaria regionale e interregionale indetta dall'Azienda Sanitaria Provinciale di Catania con delibere n. 853 dd. 11.7.2019 e 891 dd. 19.7.2019 per la copertura di posti analoghi al proprio destinati al Bacino della Sicilia Orientale.

In tal senso la ricorrente aveva esposto che il bando, nella sezione dedicata ai requisiti di ammissione, prevedeva il requisito della “piena idoneità fisica al posto da ricoprire e di assenza di limitazioni psico-fisiche alle funzioni ed al profilo di appartenenza”; che successivamente all'approvazione della graduatoria, in base alla quale era risultata collocata in posizione utile ai fini del trasferimento presso l'Azienda Sanitaria Provinciale di Siracusa, era stata sottoposta a visita medica esitata, a causa dell'insorgenza di una patologia degenerativa, in un giudizio d'idoneità con limitazioni impicanti esonero dallo svolgimento dei turni notturni; che per tale ragione l'Azienda Sanitaria Provinciale di Siracusa aveva deliberato di non poter dar seguito al trasferimento; che doveva ravvisarsi, in correlazione con il requisito della piena idoneità fisica, la natura discriminatoria del bando di mobilità e del provvedimento d'esclusione in base al fattore della disabilità.

Ciò premesso, la ricorrente aveva chiesto la rettifica e la nuova pubblicazione del



bando di mobilità o il suo annullamento parziale e la rettifica del provvedimento d'esclusione, con accertamento del diritto all'assunzione e al trasferimento, oltre al risarcimento del danno non patrimoniale, da liquidarsi in via equitativa.

L'Azienda Sanitaria Provinciale di Catania si era costituita resistendo alle domande attoree, rilevando la mancata previa impugnazione del bando avanti al competente Tribunale Amministrativo e la necessità di individuare requisiti specifici di partecipazione al fine di garantire la continuità assistenziale nell'erogazione delle prestazioni sanitarie.

Si era costituita anche l'Azienda Sanitaria Provinciale di Siracusa rilevando a sua volta la mancata impugnazione del bando e del giudizio medico che statuiva l'idoneità con limitazioni ed evidenziando che l'idoneità fisica allo svolgimento dei compiti assegnati con la posizione funzionale è un requisito generale per l'accesso ai pubblici impieghi che deve sussistere fino alla data di nomina, che a seguito della abrogazione ad opera della l. 98/2013, art. 42, delle disposizioni relative al certificato di idoneità fisica per l'assunzione nel pubblico impiego le Aziende Sanitarie potevano verificare autonomamente attraverso il medico competente l'effettiva idoneità alla mansione e che la legittimità di tale requisito poteva ricavarsi dalla pronuncia della Sezione Grande della Corte di Giustizia del 15 novembre 2016 (causa C-258/15) che riconosceva come non lesiva della parità di trattamento e non discriminante la previsione concorsuale di requisiti di ammissione ritenuti essenziali e determinanti per lo svolgimento dell'attività.

Radicalosi il contraddittorio, la causa era stata definita con ordinanza ex art. 702 bis c.p.c. pronunciata in data 28.10.2022, che aveva respinto il ricorso, compensando tra le parti le spese processuali.

Con tale decisione, ritenuto che nel caso di specie fosse stata dedotta una discriminazione indiretta, era stato rilevato che il punto 18 della direttiva 2000/78 stabiliva che i servizi di soccorso, cui poteva ricondursi la prestazione infermieristica, non potevano essere costretti ad assumere o mantenere in servizio persone prive dei requisiti necessari per l'esercizio delle relative funzioni; che il requisito della piena



idoneità era giustificato dalla particolare professionalità del personale da assumere, che implicava pacificamente lo svolgimento di turni notturni; che pertanto la scelta del bando era ragionevole, proporzionata e giustificata dalla tipologia d'incarico.

Con ricorso depositato in data 25 novembre 2022 la ricorrente aveva interposto appello; l'Azienda Sanitaria Provinciale di Catania era rimasta contumace, mentre si era costituita l'Azienda Sanitaria Provinciale di Siracusa resistendo nei termini esposti in epigrafe; radicatosi il contraddittorio, la causa era pervenuta all'udienza del 9 febbraio 2023 e successivamente alla discussione era stata emessa la presente sentenza, pubblicata mediante lettura del dispositivo.

* * *

L'appellante ha lamentato, nell'ordine, 1) omessa considerazione dell'esistenza di un obbligo datoriale di adottare ragionevoli accomodamenti volti a permettere l'utilizzo dei dipendenti disabili, alla stregua dei considerando 20 e 21 della direttiva 78/2000//CE, dell'art. 5 della medesima direttiva e dell'art. 3, comma 3 bis, d.lgs. n. 216/2003; 2) erronea classificazione della discriminazione dedotta in causa in termini di discriminazione indiretta, essendo il requisito della piena idoneità incidente direttamente sulla esclusione dei soggetti disabili; 3) erroneo richiamo del considerando 18) della direttiva 78/2000/CE, non rientrando il ruolo infermieristico nell'ambito dei servizi di soccorso; 4) erronea assimilazione della procedura di mobilità ad una ipotesi di nuova assunzione; 5) erronea valutazione di incompatibilità al lavoro, non essendo in discussione la possibilità per la lavoratrice di continuare a prestare il medesimo servizio presso l'Azienda sanitaria di provenienza; 6) erronea ripartizione dell'onere probatorio in materia di diritto antidiscriminatorio; 7) omessa pronuncia in ordine alla dedotta violazione del principio di ragionevolezza da parte della specifica previsione del bando.

* * *

Ciò premesso, le doglianze svolte dall'appellante, che per la loro connessione possono essere esaminate congiuntamente, sono parzialmente fondate, nei termini di seguito evidenziati.



Va in primo luogo rilevato che “il controllo giurisdizionale relativo allo svolgimento delle procedure concorsuali di assunzione del personale è limitato alla verifica che il datore di lavoro, nell’esercizio del potere di gestione concernente l’assunzione di nuovi lavoratori - rientrando nella libertà di iniziativa economica garantita dall’art. 41 Cost. - sia rispettoso dei canoni generali di correttezza e buona fede (i quali si traducono, fra l’altro, sia nell’obbligo di adottare regole concorsuali che pongano i candidati in una condizione di assoluta parità sia nell’obbligo di imparzialità dei criteri valutativi) e non ponga in essere comportamenti manifestamente inadeguati o irragionevoli (come, ad esempio, la sottoposizione dei candidati a prove palesemente incongruenti rispetto alle mansioni di destinazione). Anche l’accertamento del requisito dell’idoneità psicofisica dell’aspirante all’assunzione, al pari dei controlli sull’idoneità del lavoratore previsti dall’art. 5, della legge n. 300 del 1970, è suscettibile di riesame in sede giudiziale, con la conseguenza che, al fine di esaminare la correttezza del comportamento dell’imprenditore nell’ambito del rapporto obbligatorio attinente al concorso, i requisiti di idoneità fisica vanno verificati con riguardo alle mansioni previste nella definizione del profilo professionale cui si riferisce il bando, idoneità da riferirsi a tutte le mansioni previste nella qualifica di assunzione, non essendo sufficiente l’idoneità solo ad alcune di esse” (Sez. L, Sentenza n. 10514 del 01/08/2001; Sez. L, Sentenza n. 2280 del 01/03/2000).

Sulla base di tali considerazioni, la previsione del possesso della “piena idoneità fisica al posto da ricoprire e di assenza di limitazioni psico-fisiche alle funzioni ed al profilo di appartenenza” non può dunque ritenersi contraria al principio della parità tra lavoratori, né manifestamente inadeguata o irragionevole, essendo tale requisito previsto dal bando di mobilità in funzione meramente sostitutiva del certificato di idoneità fisica per l’assunzione nel pubblico impiego soppresso dall’art. 42 del d.l. 69/2013, conv. in l. 98/2013, e non risultando inoltre nel caso di specie neppure evidenziata alcuna concreta incongruenza rispetto alle mansioni di specifica destinazione.

Dovranno pertanto ritenersi infondate le domande di rettifica, nuova pubblicazione e



annullamento del bando di mobilità.

Nondimeno, deve essere ricordato che la direttiva n. 78/2000/CE del 27 novembre 2000, art. 5, al fine di garantire il rispetto del principio della parità di trattamento dei disabili, ha affermato l'obbligo per datore di lavoro di adottare "soluzioni ragionevoli", ovvero di prendere "provvedimenti appropriati, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, per consentire ai disabili di accedere ad un lavoro, di svolgerlo o di avere una promozione o perché possano ricevere una formazione, a meno che tali provvedimenti richiedano da parte del datore di lavoro un onere finanziario sproporzionato" e che a tale direttiva è stata data attuazione con l'introduzione dell'art. 3, comma 3-bis, del d.lgs. n. 216/2003, alla cui stregua "al fine di garantire il rispetto del principio della parità di trattamento delle persone con disabilità, i datori di lavoro pubblici e privati sono tenuti ad adottare accomodamenti ragionevoli, come definiti dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, ratificata ai sensi della legge 3 marzo 2009, n. 18, nei luoghi di lavoro, per garantire alle persone con disabilità la piena eguaglianza con gli altri lavoratori."

Tali disposizioni assumono rilevanza nel caso di specie, dovendo essere ricordato che ricorre la nozione di handicap, o disabilità - come ritenuto dalla Corte di Giustizia nella sentenza dell'11 aprile 2013 emessa nelle cause C-335/11 e C-337/11 - in presenza di 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, laddove abbia portata duratura.

Sulla base di tale definizione non può dunque dubitarsi che la limitazione di cui è portatrice la lavoratrice appellante, derivando dall'insorgenza di una patologia degenerativa tale da precludere in modo permanente la piena idoneità allo svolgimento delle mansioni proprie del profilo professionale di appartenenza ricada, sotto entrambi i profili innanzi considerati, nell'ambito della nozione in oggetto.

Ne discende pertanto che – non ricorrendo in relazione ai servizi infermieristici le



limitazioni all'assunzione o al mantenimento nel posto di lavoro previste dal considerando 18 della direttiva n. 78/2000/CE, in quanto specificamente rivolte alle forze armate e ai servizi di polizia, penitenziari o di soccorso – e ferma l'insussistenza della natura discriminatoria del bando di mobilità in ragione della presenza, nella sezione dedicata ai requisiti di ammissione, del requisito della “piena idoneità fisica al posto da ricoprire e di assenza di limitazioni psico-fisiche alle funzioni ed al profilo di appartenenza”, la parte datoriale aveva nondimeno l'obbligo nel caso di specie – al fine di garantire la piena eguaglianza con gli altri lavoratori non portatori di disabilità - di verificare la possibilità per la lavoratrice di vedersi egualmente assegnata la sede per la quale era risultata collocata in posizione utile, malgrado la limitazione di cui è portatrice, mediante l'adozione di “soluzioni ragionevoli”, potendo a tale obbligo sottrarsi soltanto dimostrando che i “provvedimenti appropriati, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete” che avrebbe dovuto intraprendere comportavano un onere finanziario sproporzionato.

Senonché nulla risulta allegato in tal senso né in primo grado, né nel presente gravame, né può diversamente predicarsi una generica inidoneità della lavoratrice allo svolgimento delle mansioni relative al posto di destinazione in funzione della particolare professionalità del personale che avrebbe dovuto esservi assegnato, risultando specificato nel bando mobilità unicamente il profilo richiesto - di collaboratore professionale sanitario di categoria D – proprio di un posto formalmente analogo a quello ricoperto dalla lavoratrice presso la attuale sede di servizio.

In ragione del mancato assolvimento, da parte delle aziende sanitarie convenute, dell'onere della prova in ordine alla irragionevolezza degli accomodamenti che avrebbero dovuto essere adottati in relazione alla specifica tipologia del posto di lavoro in conseguenza della necessità di esentare la lavoratrice dai turni notturni, ne discende pertanto che dovrà essere accertata la natura discriminatoria, in base al fattore della disabilità, del comportamento della Azienda Sanitaria Provinciale di Siracusa, consistente nel non aver adottato i ragionevoli accomodamenti necessari a



garantire la parità di trattamento nell'accesso alla richiesta mobilità.

Pertanto, in riforma dell'impugnata ordinanza, previa disapplicazione della delibera n. 340 del 14.3.2022 nella parte in cui determina di non poter dar seguito all'atto di nomina della predetta dipendente, utilmente collocata in graduatoria, in quanto non in possesso del requisito della piena idoneità alla mansione, dovrà essere accertata la sussistenza del diritto al trasferimento e ordinata alla predetta Azienda Sanitaria di adottare i conseguenti provvedimenti.

Andrà viceversa respinta la pretesa risarcitoria riproposta dall'odierna appellante, stante la carenza di concrete allegazioni e di idoneo supporto probatorio in ordine al lamentato pregiudizio derivante dai provvedimenti emessi nell'ambito della procedura di mobilità.

Per quanto attiene al regolamento delle spese processuali, dovranno essere compensate quelle relative all'Azienda Sanitaria Provinciale di Catania, e andrà invece condannata, in base al principio della soccombenza, l'Azienda Sanitaria Provinciale di Siracusa alla rifusione in favore dell'appellante.

P.Q.M.

La Corte di Appello di Trieste, Collegio Lavoro, definitivamente pronunciando, in riforma dell'ordinanza ex art. 702 bis c.p.c. pronunciata dal Tribunale di Gorizia in data 28.10.2022, comunicata in pari data, accerta la natura discriminatoria in base al fattore della disabilità del comportamento della Azienda Sanitaria Provinciale di Siracusa per non aver adottato i ragionevoli accomodamenti necessari a garantire la parità di trattamento dell'appellante [REDACTED] nell'accesso alla richiesta mobilità e per l'effetto, previa disapplicazione della delibera n. 340 del 14.3.2022 nella parte in cui determina di non poter dar seguito all'atto di nomina della predetta dipendente, utilmente collocata in graduatoria, in quanto non in possesso del requisito della piena idoneità alla mansione, accerta la sussistenza del diritto al trasferimento della stessa e ordina all'Azienda Sanitaria Provinciale di Siracusa di adottare i conseguenti provvedimenti, respingendo ogni altra domanda;

Compensa le spese del doppio grado tra l'appellante e l'appellata Azienda Sanitaria



Provinciale di Catania;

Condanna l'Azienda Sanitaria Provinciale di Siracusa alla rifusione in favore dell'appellante delle spese del doppio grado del giudizio, che liquida per compensi professionali quanto al primo grado in euro 3.000,00 e quanto al secondo in euro 2.500,00 oltre spese generali nella misura massima, iva e cpa come per legge.

Così deciso in Trieste, 9 febbraio 2023

L'ESTENSORE

(dott. Giuliano Berardi)



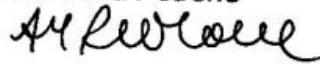
IL PRESIDENTE

(dott. Mario Bellegrini)



IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO

Anna Maria Petrone



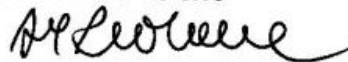
DEPOSITATO IN CANCELLERIA

- 3 MAR. 2023

OGGI.....
Il Funzionario Giudiziario

IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO

Anna Maria Petrone



Corte di appello civile Venezia, sez. lav., 28 luglio 2022 n. 483



GIURISPRUDENZA • SENTENZA

Presidente Gianluca Alessio; Estensore Lorenzo Puccetti; Ricorrente Omissis contro Omissis

Svolgimento del processo

1. Con ricorso depositato in data 15 gennaio 2021 C.L. ha proposto reclamo avverso la sentenza n. 588/2020 del 16 dicembre 2020 del giudice del lavoro del Tribunale di Verona con la quale era stata rigettata l'opposizione all'ordinanza della fase sommaria e confermata la legittimità del licenziamento irrogato in data 11 settembre 2018 per superamento del periodo di comporta.

Si è ritualmente costituita la parte reclamata chiedendo in via principale il rigetto del gravame con conferma della sentenza.

La Corte di Appello di Venezia, tentata con esito negativo la conciliazione della lite all'udienza del 15 giugno 2022 tratteneva la causa in decisione.

Motivi della decisione

2. Con la sopra indicata sentenza il giudice di primo grado riteneva che:

1) l'unico motivo di recesso azionato dalla datrice di lavoro nei confronti del lavoratore è il superamento del periodo di comporta;

2) l'eccezione di discriminatorietà del licenziamento sollevata dal ricorrente è del tutto infondata;

3) la giurisprudenza comunitaria invocata è per lo più inconferente con il caso analizzato;

a) in particolare, nel caso di specie, la disposizione legislativa cui fare riferimento è solo l'[art. 2110 c.c.](#), norma assolutamente legittima (anche in relazione ai principi sanciti a livello comunitario a tutela delle persone disabili) perché atta a contemperare gli interessi configgenti del datore di lavoro (a mantenere alle proprie dipendenze solo chi lavora) e del lavoratore (di disporre di un congruo periodo di tempo per curarsi senza perdere il posto di lavoro);

b) il lavoratore, anche se gravemente malato, non può pretendere di mantenere illimitatamente il proprio posto di lavoro qualora sia impossibilitato a rendere la prestazione lavorativa per malattia;

c) da una tale possibilità deriverebbero eccessivi oneri in capo al datore di lavoro sotto il profilo patrimoniale e dell'organizzazione aziendale, essendo quest'ultimo di fatto impossibilitato a recedere per qualsiasi ragione dal rapporto di lavoro;

d) per effetto della previsione dell'[art. 2110 c.c.](#), una volta superato il periodo di comporto fissato dalla contrattazione collettiva, il datore di lavoro deve essere posto nelle condizioni di recedere dal rapporto lavorativo;

e) il licenziamento ex [art. 2110 c.c.](#) rappresenta una fattispecie autonoma di licenziamento diversa da quella riconducibile ai concetti di giusta causa o giustificato motivo di cui all'[art. 2119 c.c.](#) e agli artt. [1](#) e [3](#) della L. n. 60 del 1966 e quindi anche agli artt. [1463](#) e [1464](#) c.c. (ex multis Cass. n. 14065/1999); un tanto esclude in radice l'applicabilità degli obblighi del datore di lavoro (anche di derivazione comunitaria) applicabili ai diversi casi di licenziamento per sopravvenuta inidoneità alle mansioni;

f) nessuna norma nazionale o comunitaria, né alcuna pronuncia giurisprudenziale, ha mai stabilito per i lavoratori disabili una tutela di tale portata da escludere totalmente, per tali dipendenti, l'operatività delle norme in materia di comporto;

g) nessuna discriminazione (né diretta né indiretta) è stata posta in essere dalla società A.;

4) il ricorrente, obiettivamente afflitto da una patologia grave ed invalidante, è stato ammesso a beneficiare dello speciale trattamento per "malattie gravi" stabilito dall'art. 32 del CCNL Autostrade e Trafori;

5) il citato articolo detta una speciale e più garantista disciplina per i lavoratori afflitti da grave patologia (debitamente certificata), concedendo agli stessi un periodo di comporto più lungo di 365 giorni rispetto ai lavoratori afflitti da patologie più lievi, nonché un periodo di aspettativa più lungo, superati i quali comunque sussiste in ogni caso il diritto della datrice di lavoro di procedere con il licenziamento;

6) l'interpretazione dell'art. 32 del CCNL fornita dal ricorrente - secondo cui in presenza di una "malattia grave", una volta scaduto il periodo di comporto, al datore di lavoro sarebbe in ogni caso preclusa la possibilità di recedere dal rapporto di lavoro - non è in alcun modo condivisibile alla luce dei criteri ermeneutici di interpretazione del contratto di cui agli articoli 1362 e ss. c.c.;

7) la stessa condotta tenuta dal lavoratore prima del licenziamento si poneva in linea con l'interpretazione dell'art. 32 del CCNL di categoria fornita dal datore di lavoro e condivisa dal Giudicante;

8) solo nel giudizio di opposizione R.G. 1515/2019 il lavoratore aveva mutato strategia difensiva invocando i principi comunitari a tutela del lavoratore disabile e sostenendo la non applicabilità alla propria persona delle norme in materia di comporto;

9) nell'affermare l'obbligo di repêchage gravante su parte datoriale, mai il lavoratore aveva indicato un posto di lavoro compatibile con il proprio stato di salute;

10) è destituita di ogni fondamento giuridico è l'ulteriore teoria del lavoratore secondo cui, a mente dell'art. 32 del CCNL Autostrade e Trafori, il periodo di 365 giorni di allungamento del periodo di comporto stabilito per i "malati gravi" sarebbe neutro (esattamente alla stregua dell'aspettativa non retribuita) ai fini del comporto.

3. Il reclamante C.L. impugna la sentenza svolgendo tre (3) motivi di reclamo qui di seguito esposti.

3.1. Con il primo motivo, censura la sentenza per non aver accertato come "discriminatorio" il licenziamento non avendo parte datoriale adottato a "tutela della persone portatrici di handicap" quegli "accomodamenti ragionevoli" atti a prevenirne la discriminazione rispetto agli altri lavoratori.

Evidenza che pur essendo egli malato grave ed invalido con patologia permanente ed irreversibile è stato invece trattato alla stregua di un "malato ordinario e temporaneo".

Nel richiamare la direttiva CE 2000/78, la Convenzione ONU sui Diritti delle Persone Disabilità del 2017 e la giurisprudenza comunitaria ed interna sulla nozione lata di handicap, sottolinea che proprio perché trattasi di menomazione di carattere duraturo che ostacola la piena partecipazione del lavoratore alla vita professionale (ratio: assicurare la permanenza dei portatori di disabilità/handicap nel mondo del lavoro), la sua situazione non può essere ricompresa nella nozione ordinaria di "malattia" proprio perché di carattere temporaneo.

L'art. 2 del D.L.vo n. 216 del 2003, in particolare, individua una discriminazione indiretta allorché "una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri possono mettere le persone che professano una determinata religione o ideologia di altra natura, le persone portatrici di handicap, le persone di una particolare età o orientamento sessuale in una situazione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone". Dunque parte datoriale ha discriminato il lavoratore e la sentenza è errata siccome:

a) ha ritenuto corretto conteggiare ai fini del comporto le assenze correlate alla disabilità, quando invece l'art. 2110 c.c. si applica solo in caso di malattia temporanea ("impossibilità temporanea di attendere al lavoro") come evidenziato da Cass. n.;

b) l'inidoneità irreversibile giustifica al più un licenziamento per impossibilità sopravvenuta della prestazione (ai sensi dell'art. 1464 c.c.) con obbligo di repêchage e ragionevoli accomodamenti.

Con il D.L. n. 76 del 2013 (convertito dalla L. n. 99 del 2013) è stata, infatti, recepita nell'ordinamento interno una disposizione assai rilevante a tutela delle persone con disabilità: l'obbligo, per tutti i datori di lavoro, di adottare "accomodamenti ragionevoli" nell'ambiente di lavoro, come definiti dalla Convenzione Onu intervenuta in materia, per garantire "parità di condizioni".

Per effetto del richiamo della Convenzione Onu, il rifiuto del ragionevole adattamento costituisce fattispecie discriminatoria (il rifiuto di adottare soluzioni ragionevoli è qualificato come discriminazione, analogamente a quanto avvenuto con la Direttiva 78 del 2000).

Il concetto di inabilità che viene in gioco, dunque, è più ampio di quello contenuto nelle diverse disposizioni previste dall'ordinamento italiano

L'art. 2110 c.c. e l'art. 32 del CCNL, peraltro, non possono essere considerate, come di fatto ritiene il giudice di primo grado (confondendo, come già eccepito, il concetto di malattia grave con quello di disabilità), norme derogatorie rispetto ai principi sopra richiamati di cui alla Convenzione Onu sui diritti delle persone con disabilità, nonché della Direttiva CE 2000/78, e della giurisprudenza della Corte di Giustizia e nazionale intervenuta in materia.

Dunque l'azienda non poteva licenziare per superamento del periodo di comporto e così operando ha posto in essere un licenziamento nullo e discriminatorio con conseguente applicazione delle tutele previste dall'art. 1 della L. n. 300 del 1970.

3.2. Con il secondo motivo, svolto in via subordinata, si duole dell'errata interpretazione dell'art. 32 posto dopo il comma 12 del CCNL (malattie gravi) di riferimento che recita: "fermo restando l'assoluto rispetto del diritto alla riservatezza (D.L.vo n. 196 del 2003), per gli eventi morbosi di cui all'art. 2 comma 1 lettera d) del regolamento di cui al D.M. n. 278 del 2000, debitamente certificati dalla struttura pubblica, il lavoratore ha diritto alla conservazione del posto. Ai fini del trattamento retributivo verrà corrisposta l'intera retribuzione per 365 giorni consecutivi. Superato tale periodo il rapporto di lavoro viene sospeso a tutti gli effetti di legge e di contratto".

Insiste sull'interpretazione letterale e sistematica della norma nel senso che è chiaro come le parti sociali abbiano espressamente previsto la sospensione del rapporto al termine del periodo di assenza retribuita per 365 giorni.

Rileva che la disposizione non prevede un "divieto assoluto di licenziare", rimanendo ferma la possibilità del datore di lavoro di licenziare il dipendente affetto da grave patologia per altri motivi, ma non a causa del superamento del periodo di comporto.

3.3. Con il terzo motivo, insiste sul fatto che il periodo di comporto non è comunque stato superato non potendosi computare nel comporto le assenze dovute alla cecità pena la discriminatorietà del licenziamento.

Ribadisce, inoltre, che anche lo speciale trattamento previsto dall'art. 32 comma 12 del CCNL non è computabile nel comporto.

4. La reclamata costituendosi in giudizio difende la sentenza contestando i motivi di reclamo dei quali chiede il rigetto.

4.1. Sul primo motivo di reclamo, eccepisce come controparte abbia sviluppato solo in questa sede la censura per la quale la discriminazione sarebbe configurata nell'aver trattato come "malato grave" un "disabile".

Evidenzia l'inconferenza dei richiami operati alla giurisprudenza comunitaria ed interna sugli "accomodamenti ragionevoli" e a quella interna trattandosi di ipotesi diverse dalla presente

nelle quali viene il rilievo la sopravvenuta inidoneità alle mansioni e non già il superamento del periodo di comportamento ovvero riferibili a lavoratori certificati come invalidi civili, per cui non sussiste alcun obbligo di repêchage e di adottare provvedimenti idonei alla conservazione del posto di lavoro.

Sottolinea che non è vero che C. è stato trattato come un malato "ordinario" avendo beneficiato della norma speciale prevista dal CCNL di categoria (art. 32) per i dipendenti affetti da "malattie gravi".

Rimarca, poi, che l'esclusione tout court dei lavoratori disabili dalla disciplina dell'[art. 2110 c.c.](#), come correttamente osservato anche nella reclamata sentenza - non è prevista da alcuna norma di legge, né è mai stata sancita da alcuna pronuncia giurisprudenziale (né italiana né comunitaria).

4.2. Sul secondo motivo, difende la sentenza e l'interpretazione fornita dal giudice a quo della disciplina di cui all'art. 32 CCNL Autostrade e Trafori.

In particolare evidenzia che l'art. 32 del CCNL, nel prevedere uno speciale trattamento per le "malattie gravi", espressamente riconosce che non soltanto la malattia temporanea, ordinaria e non grave, è soggetta ai termini di maturazione del periodo, ma anche la grave patologia (debitamente accertata dal SSN) soggiace alle predette regole, seppur con particolari accorgimenti e guarentigie.

Del resto l'accoglimento di una diversa interpretazione comporterebbe conseguenze aberranti quali quelle di dover mantenere in organico perpetuamente un dipendente senza alcuna possibilità di un suo rientro in servizio.

4.3. In riferimento al terzo motivo, ribadisce che il licenziamento è intervenuto ai sensi dell'[art. 2110 c.c.](#) per superamento del periodo di comportamento e che controparte confonde l'istituto con quello della sopravvenuta inabilità alla mansione del lavoratore e che, pertanto, va escluso in questa ipotesi il c.d. obbligo di repêchage.

Conclude nel senso che, anche a ritenere il contrario, al momento del licenziamento non vi era alcuna mansione in cui C., peraltro mai indicata dal lavoratore.

Domanda, in via subordinata, che nella denegata ipotesi di accoglimento del reclamo si tenga conto dell'*aliunde perceptum*.

5. Il primo motivo di reclamo è fondato e da accogliere per quanto di ragione con conseguente assorbimento degli ulteriori motivi di gravame non essendo condivisibile l'iter motivazionale dell'impugnata sentenza.

5.1. Osserva la Corte in fatto che sono pacifiche le seguenti circostanze:

- a) C.L., in servizio dal 01 dicembre 1993, svolgeva mansioni di esattore ai caselli;
- b) nel corso del rapporto lavorativo veniva colpito da una patologia agli occhi (glaucoma con cecità), che comportava frequenti assenze per malattia;
- c) in data 29 marzo 2017 la Commissione Medica per l'Accertamento dell'Invalidità Civile, delle Condizioni Visive e della Sordità riconosceva che l'interessato era "Cieco con residuo visivo non superiore ad 1/20 in entrambi gli occhi con eventuale correzione" e, quindi, accertava il suo stato di disabilità (doc. 4Certificato Commissione Medica Invalidità INPS del 13 giugno 2017);
- d) in data 06 settembre 2017 veniva trasmesso al datore di lavoro il certificato medico emesso in pari data che confermava la diagnosi di "cecità (riconosciuta invalidità vedasi allegati) glaucoma"
- e) avvicinandosi il superamento del periodo di comportamento, con effetto dal 11 settembre 2017 veniva ammesso ad usufruire dell'Istituto previsto dall'art. 33 del CCNL per lavoratori affetti da "malattie gravi", restando assente fino al 11 settembre 2018;
- f) in data 07 settembre 2018, atteso "l'imminente superamento del periodo di comportamento" chiedeva alla datrice di lavoro la concessione di un periodo di aspettativa non retribuita ai sensi dell'art. 32 commi 10 e 11 del CCNL, revocando in data 10 settembre 2018 la richiesta
- g) in data 11 settembre 2018 interveniva recesso datoriale per superamento del periodo di comportamento.

5.2. Va dato atto che, diversamente da quanto sostenuto dalla reclamata, già con il ricorso in opposizione il reclamante si era lamentato della circostanza che il giudice del sommario aveva trascurato che egli era affetto da disabilità invalidante a carattere permanente,

condizione ribadita anche in questa sede di gravame al fine di far valere l'inapplicabilità dell'istituto del comporto e la sussistenza di discriminazione indiretta.

Giova, altresì, evidenziare che nella controversia in esame è pacifico che C.L. si trovi in una situazione di handicap permanente la cui diagnosi al momento del licenziamento era conosciuta dal datore di lavoro.

Osserva, in diritto, il Collegio che la risalente giurisprudenza della Suprema Corte, già prima dell'entrata in vigore del [D.L.vo n. 216 del 2013](#) ha distinto fra malattia e inidoneità al lavoro.

La malattia del lavoratore e l'inidoneità al lavoro sono cause di impossibilità della prestazione lavorativa, che hanno natura e disciplina giuridica diverse: la prima ha carattere temporaneo, implica la totale impossibilità della prestazione e determina, ai sensi dell'[art. 2110 c.c.](#), la legittimità del licenziamento quando ha causato l'astensione dal lavoro per un tempo superiore al periodo di comporto.

La seconda ha carattere permanente, o, quanto meno, durata indeterminata o indeterminabile, non implica necessariamente l'impossibilità totale e consente la risoluzione del contratto - ai sensi degli artt. [1256](#) e [1463](#) cod. civ. - indipendentemente dal superamento del periodo di comporto (ex plurimis Cass. n. 4206/2013, n. 9581/2001, n. 14065/1999, n. 8855/1991).

In ipotesi di inidoneità fisica alle mansioni si deve verificare ai fini della risoluzione del rapporto per impossibilità sopravvenuta della prestazione (l'onere probatorio grava sul datore di lavoro) che non sia possibile in alcun modo destinare il lavoratore ad altre mansioni (anche inferiori) compatibili con lo stato di salute ed attribuibili senza alterare l'organizzazione produttiva (cfr. Cass. 18020/2017, Cass. S.U. n. 7755/1998), sempre che il dipendente non abbia già manifestato a monte il rifiuto di qualsiasi diversa assegnazione (cfr. Cass. n. 12489/2015).

L'istituto del licenziamento per periodo di comporto non poteva e non può più ora - a fortiori - alla luce della previsione della direttiva 78/2000/CE (e della legislazione interna di recepimento di cui al [D.L.vo n. 216 del 2013](#)) essere applicato ai lavoratori (permanentemente disabili), proprio perché la tutela del lavoratore disabile in materia di licenziamento è diversa, più ampia e pregnante delle ipotesi di mera conservazione del posto di lavoro per assenza derivanti da malattia (non invalidante) superato il periodo di cui all'[art. 2110 c.c.](#).

La stessa CGUE (cfr. s. 11 luglio 2006, in causa C/13/05, CHACÓN NAVAS punti 43-45, s. 11 aprile 2013 in causa C-335-337/11, H.D. punto 39) distingue la nozione di disabilità da quella di malattia sulla base di un elemento sostanzialmente temporale, siccome la prima (a differenza della seconda) è integrata da patologie permanenti (o di lunga durata).

Nell'interpretare la citata direttiva 2000/78/CE, la CGUE ha esaminato anche di recente la compatibilità di quello che nel nostro ordinamento è il licenziamento per superamento del periodo di comporto con il divieto di discriminazione in ragione dell'handicap.

Con la decisione R.C. del 18 gennaio 2018, causa C-270/16, ha affermato che l'art. 2, paragrafo 2, lett. b, della direttiva 2000/78/CE osta ad una normativa nazionale che consente al datore di lavoro di licenziare un lavoratore in ragione di assenze intermittenti dal lavoro, sebbene giustificate, laddove tali assenze siano imputabili alla disabilità di cui soffre il lavoratore "a meno che tale normativa, nel perseguire l'obiettivo legittimo di lottare contro l'assenteismo, non vada al di là di quanto necessario per raggiungere tale obiettivo, circostanza che spetta al giudice del rinvio valutare."

La CGUE ha precisato (punto 39) che "rispetto a un lavoratore non disabile, un lavoratore disabile è esposto al rischio ulteriore di assenze dovute a una malattia collegata alla sua disabilità...Egli è quindi soggetto a un maggiore rischio di accumulare giorni di assenza per malattia e, quindi, di raggiungere i limiti...Risulta, dunque, che la norma di cui a tale disposizione è idonea a svantaggiare i lavoratori disabili e quindi a comportare una disparità di trattamento indirettamente basata sulla disabilità...".

Si veda in tal senso anche l'arresto n. 20204/2019 della Suprema Corte che esclude l'applicabilità dell'istituto di cui all'[art. 2110 c.c.](#) quando il datore di lavoro non fornisca la prova che le assenze non erano riconducibili alla situazione di handicap del lavoratore.

Inconferente è il richiamo di parte reclamante alla pronuncia della Suprema Corte n. 15512/2019 proprio perché non affronta in modo alcuno i rapporti fra licenziamento per

sopravvenuta inidoneità permanente e comporta alla luce della richiamata legislazione e giurisprudenza sovranazionale ed interna. Lo stesso vale per la sentenza n. 21377/2016 nella quale risulta, inoltre, in fatto solo che la lavoratrice fosse affetta da disabilità psichica nulla emergendo sul carattere permanente o meno della sofferta patologia.

Orbene nel caso di specie il datore di lavoro, onerato di tale prova, non ha dimostrato l'impossibilità di adibire C.L. a mansioni eventualmente anche inferiori compatibili con il suo stato di salute e nemmeno ha allegato l'impossibilità di adottare accomodamenti organizzativi ragionevoli (cfr. Cass. n. 13649/2017 , 6798/2018, n. 6497/2021 al cui contenuto si fa integrale richiamo in ordine alla ricostruzione delle fonti nazionali e sovranazionali rilevanti nella fattispecie).

Del resto trattare allo stesso modo lavoratori affetti da malattia temporanea ai lavoratori divenuti permanentemente e totalmente inabili alle mansioni frustrerebbe le stesse esigenze delineate dalla giurisprudenza della CGUE di evitare che l'handicap possa "ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori" (C-335-337/11, H.D. cit., C-270/16 R.C. cit.).

Proprio perché i disabili se e in quanto possibile hanno il diritto di mantenere la propria occupazione e di essere comunque utilmente collocati nel mondo lavorativo (cfr. [L. n. 68 del 1999](#) in materia di collocamento obbligatorio delle categorie protette, fra cui rientrano anche i non vedenti).

Un tanto, dunque, non comporta le conseguenze ritenute aberranti dal datore di lavoro che, invero, non è obbligato come inesattamente sostenuto a mantenere in servizio un lavoratore totalmente inabile, essendo solo tenuto prima di adottare il provvedimento espulsivo a verificare, da un lato, la possibilità di ripescare il lavoratore se non nelle proprie mansioni anche in altre anche inferiori, individuando possibili diverse collocazioni nell'azienda (che occupava oltre 500 dipendenti nell'anno 2018, cfr. visura camerale doc. 3 reclamante) e/o adottando ragionevoli accomodamenti compatibili con il suo stato di infermità o, dall'altro, dimostrando la sua incollocabilità in azienda (fermo restando che risulta assorbito il secondo motivo di reclamo relativo alla corretta interpretazione della disposizione posta dopo il comma 12 dell'art. 32 CCNL che prevede testualmente in presenza di malattia grave la sospensione del rapporto di lavoro decorso l'anno di assenza retribuita).

5.3. Il licenziamento comunicato al ricorrente deve pertanto essere dichiarato nullo perché adottato in violazione della norma imperativa di cui all'[art. 2110 comma 2 c.c.](#) (siccome intimato senza che il periodo di comportamento fosse compiuto, non potendosi ritenere utili a tal fine le assenze dal servizio derivanti da malattia invalidante con effetti permanenti ed irreversibili) con conseguente applicazione della tutela prevista dal primo comma dell'art. 18 St. Lav. e con diritto ad essere reintegrato nel posto di lavoro ed alla corresponsione di tutte le mensilità (da calcolarsi sulla base dell'ultima retribuzione globale di fatto pari ad Euro 3.308,50) dal licenziamento alla reintegra, oltre alla regolarizzazione della posizione contributiva ed assicurativa.

5.4. Nulla può essere dedotto a titolo di aliunde perceptum (cfr. doc. 1 reclamante estratto contributivo) risultando documentalmente che il lavoratore ha percepito medio tempore la sola indennità NASPI (cfr. Cass. n. 11989/2018), mentre parte datoriale ha indicato tali importi in modo del tutto generico (informazioni al lavoratore e presso l'Agenzia delle Entrate).

A quest'ultimo riguardo si osserva come, per consolidata giurisprudenza, la detrazione dell'aliunde perceptum è possibile unicamente in presenza di specifica allegazione, ad opera della parte interessata, in ordine ai relativi presupposti. In tal senso si è più volte pronunciato il Supremo Collegio, da ultimo affermando che la stessa "presuppone comunque l'allegazione da parte del datore di lavoro di circostanze di fatto specifiche" e che il datore di lavoro "onerato a provare l'aliunde perceptum da detrarre dall'ammontare del risarcimento del danno (...) non può esonerarsi chiedendo al giudice di voler disporre generiche informative o di attivare poteri istruttori con finalità meramente esplorative" (cfr. Cass. n. 2499/2017) e che (cfr. Cass. n. 17683/2017) "in tema di licenziamento illegittimo, il datore di lavoro che affermi la detraibilità dall'indennità risarcitoria prevista dal nuovo testo dell'art. 18, comma 4, st.lav., a titolo di "aliunde percipiendum", di quanto il lavoratore avrebbe potuto percepire dedicandosi alla ricerca di una nuova occupazione, ha l'onere di allegare le circostanze specifiche riguardanti la situazione del mercato del lavoro in relazione alla professionalità del

danneggiato, da cui desumere, anche con ragionamento presuntivo, l'utilizzabilità di tale professionalità per il conseguimento di nuovi guadagni e la riduzione del danno".

6. Le spese di entrambi i gradi di giudizio seguono la soccombenza (causa di valore indeterminabile) e vengono liquidate, come in dispositivo, avuto riguardo ai valori medi previsti dal [D.M. n. 55 del 2014](#) (senza fase di istruttoria in primo grado) ed alle tariffe professionali vigenti.

P.Q.M.

La Corte, definitivamente pronunciando, rigettata e/o comunque assorbita ogni diversa domanda, istanza ed eccezione, in accoglimento del reclamo ed in riforma dell'impugnata sentenza così decide:

1) dichiara la nullità del licenziamento intimato da A.B.V. s.p.a. a C.L. in data 11 settembre 2018;

2) ordina alla reclamata di reintegrare il reclamante nel posto di lavoro;

3) condanna la reclamata a corrispondere al reclamante le retribuzioni maturate e maturande dal licenziamento alla reintegra, nonché alla regolarizzazione della sua posizione contributiva ed assicurativa;

4) condanna la reclamata al pagamento in favore del reclamante delle spese del doppio grado di giudizio, liquidate quanto al primo grado in Euro 7.025,00 e quanto al grado di appello in Euro 6.615,00 per compensi oltre rimborso forfetario spese generali ex lege, IVA e CPA.

Riferimenti normativi:

[Art. 2110 CC](#)

[Art. D.L.VO del 2013 n. 216](#)

[Art. 1463 CC](#)

[Art. 1464 CC](#)

[Art. D.L. del 2013 n. 76](#)

[Art. L. del 2013 n. 99](#)

[Art. D.L.VO del 2003 n. 196](#)



TRIBUNALE ORDINARIO DI TORINO
SEZIONE LAVORO

ORDINANZA

nel procedimento RGL 7943 2022 promosso da

PAOLA SBIGOTTITI, assistita dagli avv.ti **SIMONE BISACCA** e **MARIA SPANO'**

- PARTE RICORRENTE -

CONTRO

COOPERATIVA ANIMAZIONE VALDOCCO IMPRESA SOCIALE
O.N.L.U.S. assistita dall'avv. **STEFANO CLIVIO**

-PARTE CONVENUTA-

Oggetto: Ricorso art. 1 comma 47 e seg. - L.92/2012 (cd. Fornero)

La giudice,

sciogliendo la riserva che precede,

OSSERVA

Le difese delle parti

1. La ricorrente, socia e dipendente della cooperativa convenuta dal 28 aprile 2003 con mansioni di OSS, è stata licenziata in data 7 ottobre 2022 per superamento del periodo di comportamento previsto dall'art. 71 del CCNL cooperative sociali e contestualmente esclusa dalla cooperativa.
2. La sig.ra Sbigottiti ha impugnato il licenziamento e la delibera di esclusione da socia, chiedendo che ne sia dichiarata la nullità per discriminazione e la conseguente tutela reintegratoria prevista dall'art. 18 legge n. 300/1970. All'udienza del 9 maggio 2023 parte ricorrente ha precisato le conclusioni sostituendo la richiesta di reintegra con la domanda di condanna della



convenuta al pagamento dell'indennità sostitutiva prevista dal comma 3 dell'art. 18.

3. A fondamento della sua domanda, la ricorrente fa valere - in diritto - le statuizioni della sentenza CGUE 18 gennaio 2018, causa C-270/16, Carlos Enrique Ruiz Conejero in merito all'idoneità *"a svantaggiare i lavoratori disabili e quindi a comportare una disparità di trattamento indirettamente basata sulla disabilità ai sensi dell'art. 2, paragrafo 2, lettera b) della direttiva 2000/78"* di una norma che prevede la cessazione del rapporto di lavoro oltre un certo numero di assenze senza distinguere tra persone disabili e non disabili e - in fatto - di essere invalida civile al 50% e portatrice di handicap ai sensi dell'art. 3 comma 1 legge n. 104/1992 a causa di depressione maggiore e che le assenze per cui è stata licenziata sono dovute a quest'ultima.

4. La ricorrente contesta altresì la tardività del licenziamento, intimato il 7 ottobre 2022 a fronte del superamento del comporto già in data 2 luglio 2022, dopo che era stata sottoposta agli accertamenti previsti per il rientro al lavoro a seguito di assenze superiori a 60 giorni, era quindi rimasta assente per temporanea inidoneità fino a fine settembre 2022 ed aveva anche ripreso il lavoro per qualche giorno.

5. La cooperativa convenuta chiede il rigetto delle domande facendo valere il fatto di aver dato attuazione all'art. 71 del CCNL cooperative sociali nella completa ignoranza che la ricorrente fosse portatrice di disabilità e che, specificamente interpellata in merito al possesso di documentazione idonea ad escludere alcune assenze dal computo, ella aveva negato.

I fatti

6. I fatti rilevanti ai fini della decisione sono pacifici e/o documentali.

7. È pacifico, innanzi tutto, che la ricorrente è rimasta assente per malattia per un numero di giorni superiore al periodo di comporto, individuato dall'art. 71 in *"12 mesi nell'arco dell'ultimo triennio"*, e, per questo, è stata licenziata in data 7 ottobre 2022.

8. Ai sensi dell'art. 4 del *"Regolamento delle Prestazioni lavorative dei soci"* - il quale, intitolato *"Contestuale esclusione da socio in caso di risoluzione del rapporto di lavoro"*, stabilisce che *"La risoluzione per qualsivoglia motivo del rapporto di lavoro con la cooperativa, qualsiasi sia la sua forma o articolazione, comporta l'interruzione anche del rapporto sociale in corso, fatte salve eventuali diverse previsioni all'interno del presente Regolamento, o la definizione di un nuovo rapporto sociale in un'altra tipologia di socio"* - nella lettera di licenziamento è stata contestualmente comunicata alla ricorrente la sua esclusione da socia.

9. La ricorrente ha documentato di essere stata riconosciuta invalida civile al 50% e portatrice di handicap ai sensi dell'art. 3 comma 1 legge n. 104/1992 per **"DEPRESSIONE MAGGIORE RICORRENTE DISTURBI DELL'ALIMENTAZIONE"** con decorrenza dal 6 maggio 2021 e senza previsione di revisione (doc. 3 e 4).

10. All'udienza del 29 marzo 2023, nell'ambito dell'interrogatorio libero, la ricorrente ha riconosciuto di non aver consegnato alla convenuta né il certificato che la riconosceva invalida civile, né quello relativo all'handicap (di cui ha



precisato di essere venuta a conoscenza ella stessa solo dopo il licenziamento) e di aver parlato della sua patologia soltanto con il medico competente (che l'aveva conseguentemente ritenuta inidonea al turno notturno) e, in modo riservato, con qualche collega di cui si fidava.

Il quadro normativo e giurisprudenziale

11. L'art. 2 della direttiva 2000/78 fornisce la "Nozione di discriminazione" stabilendo che "1. Ai fini della presente direttiva, per «principio della parità di trattamento» si intende l'assenza di qualsiasi discriminazione diretta o indiretta basata su uno dei motivi di cui all'articolo 1. 2. Ai fini del paragrafo 1: a) sussiste discriminazione diretta quando, sulla base di uno qualsiasi dei motivi di cui all'articolo 1, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga; b) sussiste discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere in una posizione di particolare svantaggio le persone che professano una determinata religione o ideologia di altra natura, le persone portatrici di un particolare handicap, le persone di una particolare età o di una particolare tendenza sessuale, rispetto ad altre persone, a meno che: i) tale disposizione, tale criterio o tale prassi siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari; o che ii) nel caso di persone portatrici di un particolare handicap, il datore di lavoro o qualsiasi persona o organizzazione a cui si applica la presente direttiva sia obbligato dalla legislazione nazionale ad adottare misure adeguate, conformemente ai principi di cui all'articolo 5, per ovviare agli svantaggi provocati da tale disposizione, tale criterio o tale prassi".

12. Tali concetti sono stati recepiti nell'ordinamento italiano dall'art. 2 del d.lvo n. 216/2003, il quale configura la discriminazione diretta "quando, per religione, per convinzioni personali, per handicap, per età, per nazionalità o per orientamento sessuale, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga" e la discriminazione indiretta "quando una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri possono mettere le persone che professano una determinata religione o ideologia di altra natura, le persone portatrici di handicap, le persone di una particolare età o nazionalità o di un orientamento sessuale in una situazione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone".

13. L'art. 2 della Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità del 13 dicembre 2006, dopo aver precisato che "per "discriminazione fondata sulla disabilità" si intende qualsivoglia distinzione, esclusione o restrizione sulla base della disabilità che abbia lo scopo o l'effetto di pregiudicare o annullare il riconoscimento, il godimento e l'esercizio, su base di uguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale, culturale, civile o in qualsiasi altro campo", mette in evidenza che "Essa include ogni forma di discriminazione, compreso il rifiuto di un accomodamento ragionevole" che il medesimo articolo identifica ne "le modifiche e gli adattamenti necessari ed appropriati che non impongano un onere sproporzionato o eccessivo adottati, ove ve ne sia necessità in casi particolari, per garantire alle persone con disabilità il godimento e



l'esercizio, su base di uguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali".

14. Nell'occuparsi del licenziamento di un lavoratore spagnolo disabile intimato per assenze intermittenti superiori alla soglia oltre la quale l'art. 52 dello Statuto dei lavoratori spagnolo autorizza la risoluzione del contratto di lavoro, la sentenza CGUE 18 gennaio 2018, causa C-270/16, contiene alcune affermazioni integrative del diritto antidiscriminatorio eurounitario di particolare rilievo per la presente decisione.

15. La Corte di Giustizia, innanzi tutto, sottolinea che *"la nozione di «handicap», ai sensi della direttiva 2000/78, dev'essere intesa come riguardante una limitazione di capacità, risultante in particolare da durature 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 un piano di uguaglianza con gli altri lavoratori"* e che il fatto che qualcuno sia *"riconosciuto come persona disabile secondo il diritto nazionale, non comporta a priori che egli sia affetto da una disabilità ai sensi (del)la direttiva 2000/78"*, in quanto spetta al giudice *"verificare se la limitazione della capacità del medesimo debba essere qualificata come disabilità, ai sensi di tale direttiva"*.

16. La sentenza osserva, in secondo luogo, che *"un lavoratore disabile è, in linea di principio, maggiormente esposto al rischio di vedersi applicare l'articolo 52, lettera d), dello Statuto dei lavoratori rispetto a un lavoratore non disabile. Infatti, rispetto a un lavoratore non disabile, un lavoratore disabile è esposto al rischio ulteriore di assenze dovute a una malattia collegata alla sua disabilità. Egli è quindi soggetto a un maggiore rischio di accumulare giorni di assenza per malattia e, quindi, di raggiungere i limiti di cui all'articolo 52, lettera d), dello Statuto dei lavoratori. Risulta, dunque, che la norma di cui a tale disposizione è idonea a svantaggiare i lavoratori disabili e, quindi, a comportare una disparità di trattamento indirettamente basata sulla disabilità ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera b), della direttiva 2000/78"*.

17. Ricordando che *"gli Stati membri dispongono di un ampio margine di discrezionalità non solo nella scelta di perseguire uno scopo determinato in materia di politica sociale e di occupazione, ma altresì nella definizione delle misure atte a realizzarlo"*, la Corte afferma quindi che la lotta all'assenteismo sul lavoro, indicata dal governo spagnolo come obiettivo dell'art. 52 *"può essere riconosciuta come finalità legittima, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2), lettera b), i), della direttiva 2000/78, dal momento che costituisce una misura di politica occupazionale"*.

18. Nel rimettere al giudice nazionale l'ulteriore verifica prevista dalla lettera b), i) dell'articolo 2, paragrafo 2 della direttiva 2000/78 se i mezzi impiegati per il conseguimento di tale finalità legittima siano appropriati e se essi non vadano oltre quanto necessario per raggiungere l'obiettivo, infine, la sentenza ne indica alcuni passaggi necessari quali la verifica, sotto il primo profilo, che i mezzi siano *"effettivamente concepiti per rispondere all'obiettivo della lotta all'assenteismo sul lavoro"* ed abbiano *"nei confronti dei datori di lavoro, un effetto di incentivazione all'assunzione e al mantenimento dell'occupazione"* e, sotto il secondo profilo, il *"ricollocare tale disposizione nel contesto in cui essa si inserisce e considerare il danno che essa può causare ai soggetti interessati"*.



19. Tali statuizioni sono vincolanti per i giudici degli Stati appartenenti all'Unione, in quanto alle sentenze della CGUE, *"siano esse pregiudiziali o emesse in sede di verifica della validità di una disposizione, va attribuito il valore di ulteriore fonte del diritto della Unione Europea, non nel senso che esse creino ex novo norme comunitarie, bensì in quanto ne indicano il significato ed i limiti di applicazione, con efficacia erga omnes nell'ambito dell'Unione"* (così la consolidata giurisprudenza di legittimità, cfr. tra le più recenti Cass. n. 20015/2018) e la giurisprudenza di merito interna e, da ultimo, anche la Corte di Cassazione ne hanno preso atto e vi hanno dato seguito nell'ambito dell'ordinamento interno.

20. La Suprema Corte, in particolare, se ne è occupata con la recentissima sentenza n. 9095/2023 relativa al licenziamento per superamento del comporta cd. breve previsto dall'art. 42 CCNL Federambiente (365 giorni di calendario nei 1095 giorni precedenti ogni nuovo ultimo episodio morboso) di un lavoratore con capacità lavorativa ridotta del 75%, riconosciuto portatore di handicap ai sensi dell'art. 3 comma 1 legge n. 104/1992.

21. In tale sentenza la Corte ha sviluppato il punto di partenza messo in evidenza dalla CGUE, secondo cui l'applicazione al lavoratore portatore di disabilità del periodo di comporta ordinario costituisce discriminazione indiretta perché, *"rispetto 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"* ed ha affermato che tale rischio rende *"una normativa che fissa limiti massimi di malattia - identici per lavoratori disabili e non - in vista del recesso datoriale"*, e cioè non considera affatto i *"rischi di maggiore morbilità dei lavoratori disabili, proprio in conseguenza della disabilità"*, come idonea *"a svantaggiare i lavoratori disabili e, quindi, a comportare una disparità di trattamento indirettamente basata sulla disabilità"*, trasmutando *"il criterio apparentemente neutro del computo del periodo di comporta breve in una prassi discriminatoria nei confronti del particolare gruppo sociale protetto in quanto in posizione di particolare svantaggio"*.

22. Chiarendo che *"Questo non significa che un limite massimo in termini di giorni di assenza per malattia del lavoratore disabile non possa o non debba essere fissato"*, in quanto una tale scelta, *"anche ai fini di combattere fenomeni di assenteismo per eccessiva morbilità"*, può integrare *"una finalità legittima di politica occupazionale"*, la Corte ha affermato che *"La necessaria considerazione dell'interesse protetto dei lavoratori disabili, in bilanciamento con legittima finalità di politica occupazionale, postula, invece, 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 o Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità, alla cui luce vanno interpretate le direttive normative antidiscriminatorie UE)"* e, escludendo che ciò fosse avvenuto nel caso sottoposto (in cui al lavoratore era stato applicato esattamente il comporta breve previsto dal CCNL), ha confermato la pronuncia di merito che lo aveva giudicato discriminatorio e, quindi, nullo.

Applicazione al caso di specie.



23. La vicenda che forma oggetto della presente decisione è analoga a quella esaminata dalla Corte e merita analoga definizione.

24. L'art. 71 del CCNL cooperative sociali, applicato dalla convenuta, stabilisce che *"La conservazione del posto si ha per 12 mesi nell'arco dell'ultimo triennio. In caso di gravi patologie oncologiche, cronico degenerative ingravescenti comprovate da documentazione medica, le giornate per le terapie salvavita e di ricovero ospedaliero sono escluse da detto calcolo"*. Esso prevede, dunque, un unico periodo di comporta dal cui computo sono escluse soltanto alcune tipologie di assenze relative a particolari patologie, ma non anche le assenze legate alla disabilità di cui il lavoratore sia eventualmente portatore.

25. La ricorrente è invalida civile e portatrice di handicap ai sensi dell'art. 3 comma 1 legge n. 104/1992 ed è affetta da una patologia psichica che, secondo quanto risulta dai certificati che l'hanno riconosciuta tale (doc. 3 e 4) e dalla cartella sanitaria e di rischio (doc. 2), presenta tutte le caratteristiche della nozione di handicap ai sensi della direttiva 2000/78/CE di cui al punto 12.

26. La durata pluriennale, la sua gravità, attestata anche dai vari prolungati ricoveri per episodi acuti, e la quantità di assenze dal lavoro che tale patologia ha imposto alla ricorrente nell'ultimo periodo del rapporto di lavoro, infatti, consentono certamente di ascriverla alle *"durature menomazioni...mentali o psichiche"* che provocano una *"limitazione di capacità"* idonea ad *"ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su un piano di uguaglianza con gli altri lavoratori"*.

27. In atti sono presenti documenti idonei ad individuare la ragione delle assenze dal lavoro che hanno portato al licenziamento soltanto per un periodo e precisamente dal 6 aprile al 23 maggio 2022, in cui è stata ricoverata presso la Casa di Cura per malattie nervose Ville Augusta s.r.l. per DEPRESSIONE MAGGIORE RICORRENTE (doc. 8), e nell'ultimo periodo dal 10 giugno al 2 luglio 2022, per cui sono presenti certificati medici di malattia contenenti la diagnosi *"S.Depressiva"* (doc. 7). Ai fini della presente decisione ciò è del tutto sufficiente ad accertare che almeno in parte - e, comunque, in misura determinante per il superamento del periodo di comporta - le assenze dal lavoro della ricorrente sono state cagionate dalla predetta sua patologia e, pertanto, sono collegate alla sua disabilità.

28. Alla luce di tutto quanto sopra esposto, non possono esservi dubbi sul fatto che, in capo alla ricorrente, si è concretizzato quel *"maggior rischio di accumulare giorni di assenza per malattia e di raggiungere i limiti massimi"* oltre i quali è autorizzato il licenziamento messo in evidenza dalle pronunce di cui ai punti 16 e 21.

29. La ricorrente è stata licenziata dalla convenuta per aver pacificamente accumulato 366 giorni di assenza nel triennio, facendo puntuale applicazione dell'unico comporta previsto dall'art. 71 del CCNL cooperative sociali e senza decurtare le assenze derivanti dalla sua disabilità.

30. L'art. 71, previsione collettiva apparentemente neutra, è stato dunque applicato - esattamente come sarebbe stato applicato ad un dipendente privo di disabilità - ad una situazione che la disabilità rende invece diversa da quella



degli altri lavoratori, senza correttivi idonei ad integrare un accomodamento ragionevole.

31. In tale contesto è superfluo approfondire quale potesse essere l'accomodamento più ragionevole e cioè se esso possa consistere nell'applicazione di una soluzione analoga a quella di escludere le "giornate per le terapie salvavita e di ricovero ospedaliero" messa a punto dalle parti sociali per le "gravi patologie oncologiche, cronico degenerative ingravescenti" oppure nell'adozione di un comportamento maggiorato - e, in tal caso, quale - oppure nel cumulo delle due soluzioni, per evitare che la situazione di assenza dal lavoro possa protrarsi a tempo indeterminato.

32. A fronte della mancata adozione di un qualunque correttivo di cui valutare la ragionevolezza ed adeguatezza a compensare il maggior rischio di assenze per malattia che deriva dalla disabilità, infatti, la discriminazione indiretta individuata da CGUE e Cassazione in caso di applicazione al lavoratore portatore di disabilità della stessa normativa sul comportamento che si applica al lavoratore "sano" è stata senza dubbio integrata.

Conseguenze.

33. Una volta accertato, per tutte le ragioni sopra esposte, che il licenziamento della ricorrente integra una discriminazione indiretta per disabilità, non possono esservi dubbi sulla nullità del medesimo e sulla conseguente nullità della delibera di esclusione con cui la convenuta ne ha tratto le conseguenze sul piano associativo.

34. La discriminazione per disabilità è infatti sanzionata con la nullità dell'atto che la realizza sia dall'art. 15 L. n. 300/1970 il quale, intitolato a tutti gli "atti discriminatori", sancisce la nullità dei "patti o atti diretti a fini di discriminazione politica, religiosa, razziale, di lingua e di sesso, di handicap, di età o basata sull'orientamento sessuale o sulle convinzioni personali", sia dell'art. 3 L. n. 108/1990, specificamente dedicato al "Licenziamento discriminatorio", il quale stabilisce che "Il licenziamento determinato da ragioni discriminatorie ai sensi dell'articolo 4 della legge 15 luglio 1966, n. 604, e dell'articolo 15 della legge 20 maggio 1970, n. 300, come modificato dall'articolo 13 della legge 9 dicembre 1977, n. 903, è nullo indipendentemente dalla motivazione addotta e comporta, quale che sia il numero dei dipendenti occupati dal datore di lavoro, le conseguenze previste dall'articolo 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300".

35. La convenuta, come si è anticipato, incentra la sua difesa sull'ignoranza della disabilità della ricorrente e del fatto che le sue assenze erano legate ad essa.

36. Gli elementi in atti confortano tale tesi difensiva: effettivamente, la ricorrente non ha consegnato la documentazione da cui, come chiarito al punto 25, si evince la sua disabilità e non ha comunicato nulla ai suoi superiori o alla direzione aziendale.

37. Gli unici a saperne erano, a quanto risulta, il medico competente - obbligato al segreto professionale e unico custode della cartella sanitaria della ricorrente ai sensi dell'art. 25 d.lvo n. 81/2008 - e alcuni colleghi a cui la stessa lo aveva confidato, contando sulla loro riservatezza.



38. Tutto ciò che la convenuta aveva a disposizione, dunque, era il fatto che, a partire da marzo 2019, la ricorrente era stata dichiarata non idonea a turni notturni (a cui aveva dato seguito) e il contenuto del certificato di ricovero dal 6 aprile al 23 maggio 2022 presso la Casa di Cura per malattie nervose Ville Augusta s.r.l. (da essa certamente conosciuto visto che, come ha chiarito la teste Signorino al minuto 12 della sua deposizione del 29 marzo 2023, in caso di ricovero alla cooperativa arrivano proprio i certificati di ricovero, sia di apertura sia di chiusura), circostanze che evocano l'esistenza di qualche problematica di natura psichica, ma non paiono sufficienti a svelare l'esistenza di una patologia di durata e gravità tale da integrare il concetto di disabilità.

39. È d'altronde pacifico che, in relazione alle assenze del lavoratore per malattia, il datore di lavoro riceve il solo *"attestato di malattia"* il quale, a differenza del certificato di malattia contestualmente emesso, non contiene la diagnosi e che, dunque, la convenuta non poteva sapere per quale patologia la ricorrente fosse assente. Gli attestati di malattia prodotti dalla convenuta, peraltro, dimostrano che il medico che ha redatto i certificati successivi al riconoscimento dell'invalidità civile non ha mai barrato la casella *"stato patologico sotteso o connesso alla situazione di invalidità riconosciuta"*.

40. Nulla in atti consente di ritenere che le persone che la ricorrente aveva messo a conoscenza della sua patologia abbiano rivelato alcunché alla dirigenza aziendale, né lo sostiene la ricorrente, e pertanto, ai fini della presente decisione, deve ritenersi che la società convenuta abbia effettivamente intimato il licenziamento nell'ignoranza sia che la ricorrente si trovava in una condizione di disabilità sia del fatto che quest'ultima era alla base di - quantomeno - una parte delle assenze dal lavoro considerate nel calcolo del compenso.

41. Tale circostanza non è tuttavia idonea ad escludere la discriminatorietà e la conseguente nullità del licenziamento e della conseguente delibera di esclusione da socia.

42. Nella citata sentenza n. 9050/2023 la Corte di Cassazione ha già affrontato la questione in relazione al caso sottoposto - in cui la datrice di lavoro sottolineava la sua ignoranza del motivo delle assenze - affermando che *"La discriminazione opera in modo oggettivo ed è irrilevante l'intento soggettivo dell'autore"* e che *"Non è dunque decisivo ... l'assunto di parte ricorrente di non essere stata messa a conoscenza del motivo delle assenze del lavoratore, perché i certificati medici delle assenze inoltrati al datore di lavoro non indicavano la specifica malattia a causa dell'assenza. La sentenza conferma quindi quanto già affermato da Cass. n. 6575/2016 e cioè che "la discriminazione - diversamente dal motivo illecito - opera obiettivamente, ovvero in ragione del mero rilievo del trattamento deteriore riservato al lavoratore quale effetto della sua appartenenza alla categoria protetta, ed a prescindere dalla volontà illecita del datore di lavoro"*.

43. L'art. 15 L. n. 300/1970 e l'art. 3 L. n. 108/1990, in effetti, non contengono alcuna previsione che autorizzi a tener conto dell'atteggiamento soggettivo di chi pone in essere il comportamento discriminatorio da essi sanzionato con la nullità e, come è stato efficacemente sottolineato dalla giurisprudenza di merito, al *"carattere imperativo del principio comunitario di parità di trattamento"*



consegue che *“deve essere comunque eliminato l'effetto di una discriminazione anche indiretta”*, a prescindere dalla conoscenza che il datore di lavoro abbia o meno di averla posta in essere (Appello Napoli 17 gennaio 2023), in quanto *“ciò che la legislazione prende in considerazione è l'effetto oggettivamente considerato del trattamento discriminatorio, che è anche ciò che intende evitare”* (Tribunale Milano, 27 gennaio 2023).

44. La crucialità del principio di parità di trattamento e l'urgenza di assicurarne il massimo rispetto impongono dunque di attribuire alla tutela di chi è colpito dalla sua violazione la più ampia estensione possibile, agganciandola unicamente alla verifica che, in concreto, è intervenuta una discriminazione ed escludendo qualsiasi rilevanza di ogni altro aspetto, quale la motivazione del comportamento discriminatorio (come espressamente sanciscono, per il licenziamento, l'art. 3 della l. n. 108/1990 e l'art. 18 comma 1 L. n. 300/1970) e, più in generale, ogni profilo della condizione soggettiva del suo autore.

45. Il licenziamento attuato facendo applicazione senza correttivi ad un lavoratore portatore di disabilità di una previsione collettiva sul comparto che non contiene alcun correttivo legato alla disabilità va dunque qualificato come discriminatorio, e conseguentemente dichiarato nullo, a prescindere da ogni indagine sulla consapevolezza in capo al datore di lavoro della discriminazione o della possibilità di acquisirla.

46. Ai sensi dell'art. 18 comma 1 l. 300/1970 come modificato dalla 92/2012 *“Il giudice, con la sentenza con la quale dichiara la nullità del licenziamento perché discriminatorio ai sensi dell'articolo 3 della legge 11 maggio 1990, n. 108ordina al datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, indipendentemente dal motivo formalmente addotto e quale che sia il numero dei dipendenti occupati dal datore di lavoro”* e *“ condanna altresì il datore di lavoro al risarcimento del danno subito dal lavoratore per il licenziamento di cui sia stata accertata la nullità, stabilendo a tal fine un'indennità commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto maturata dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative. In ogni caso la misura del risarcimento non potrà essere inferiore a cinque mensilità della retribuzione globale di fatto. Il datore di lavoro è condannato inoltre, per il medesimo periodo, al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali”*.

47. Ai sensi dell'art. 5 l. n. 142/2001 *“Ai soci lavoratori di cooperativa con rapporto di lavoro subordinato si applica la legge 20 maggio 1970, n. 300, con esclusione dell'articolo 18 ogni volta che venga a cessare, col rapporto di lavoro, anche quello associativo”* ma, nel caso di specie, l'accertamento della nullità della delibera di esclusione, disposta unicamente per dare seguito ai sensi del Regolamento societario ad un licenziamento nullo, comporta l'accertamento della permanenza del rapporto societario e rimuove dunque ogni ostacolo all'applicazione della norma statutaria.

48. In applicazione di quest'ultima, pertanto, il licenziamento intimato alla ricorrente in data 7 ottobre 2022 va dichiarato nullo con tutte le conseguenze ivi previste.



49. Alla luce dell'opzione per l'indennità sostitutiva della reintegrazione esercitata dalla ricorrente ai sensi del comma 3 - che, per la costante giurisprudenza, può essere validamente esercitata anche con il ricorso introduttivo del giudizio (cfr. Cass. n. 25210/2006) o in corso di causa (cfr. Cass. n. 15898/2005), anche se produce effetti solo con l'accertamento della illegittimità del licenziamento e della conseguente obbligazione con facoltà alternativa *ex latere creditoris* avente ad oggetto la reintegrazione o la corresponsione dell'indennità sostitutiva (cfr. Cass. 21452/2013) - a ciò consegue, in particolare, la condanna della convenuta al pagamento dell'importo di € 27.333,30 lordi pari a 15 mensilità della retribuzione globale di fatto di € 1822,22 lordi indicata in ricorso senza incontrare alcuna contestazione.

50. Nel caso di specie sussistono tutti i presupposti per riconoscere alla ricorrente anche la piena tutela risarcitoria prevista dall'art. 18 comma 2.

51. È in questo contesto che, a parere della scrivente, potrebbe avere una qualche rilevanza la considerazione della consapevolezza della discriminazione da parte del datore di lavoro o della possibilità di acquisirla, di cui si è invece esclusa la rilevanza nell'accertamento della nullità del licenziamento ai punti 41 e ss.

52. La giurisprudenza è consolidata, infatti, nel riconoscere che *“La dichiarazione di invalidità del licenziamento a norma dell'art. 18 della legge n. 300 del 1970 non comporta automaticamente la condanna del datore di lavoro al risarcimento del danno nella misura stabilita dal quarto comma, con esclusione di ogni rilevanza dei profili del dolo o della colpa nel comportamento del recedente, e cioè per una forma di responsabilità oggettiva. L'irrilevanza degli elementi soggettivi è configurabile, per effetto della rigidità al riguardo della formulazione normativa, limitatamente alla misura minima delle cinque mensilità, la quale è assimilabile ad una sorta di penale avente la sua radice nel rischio di impresa e può assumere la funzione di un assegno, in senso lato, assistenziale nel caso di assenza di una responsabilità di tipo soggettivo in capo al datore di lavoro; la disposizione in esame, invece, - commisurando l'indennità risarcitoria alla retribuzione globale di fatto maturata dal giorno del licenziamento - contiene solo una presunzione legale "iuris tantum" circa l'entità del danno subito dal lavoratore, mentre la questione relativa alla sussistenza della responsabilità risarcitoria deve ritenersi regolata dalle norme del codice civile in tema di risarcimento del danno conseguente ad inadempimento delle obbligazioni, non introducendo l'art. 18 dello statuto dei lavoratori elementi distintivi. Ne consegue l'applicabilità dell'art. 1218 cod. civ., secondo cui il debitore non è tenuto al risarcimento del danno nel caso in cui fornisca la prova che l'inadempimento consegue ad impossibilità della prestazione a lui non imputabile. (così ad esempio Cass. n. 10260/2002).*

53. Nessuna previsione del diritto antidiscriminatorio, d'altronde, manifesta l'intenzione o, comunque, produce l'effetto di interferire con il regime normativo del risarcimento del danno.

54. Sia l'art. 17 della direttiva 2000/78 (laddove stabilisce che le sanzioni che gli stati possono determinare *“possono prevedere un risarcimento dei danni”*), sia l'art. 28 del decreto legislativo n. 150/2011 (ove prevede che *“il giudice può condannare il convenuto al risarcimento del danno anche non patrimoniale”*) - così come, in



precedenza, l'art. 4 del d.lvo n. 216/2003, da esso sostituito - non aggiungono alcuna indicazione da cui evincere che detto risarcimento possa sottrarsi ai tipici presupposti che ne condizionano la liquidazione nell'ordinamento interno.

55. Come ha condivisibilmente ritenuto il Tribunale di Reggio Emilia nell'ordinanza 10 ottobre 2007, dunque, a fronte della *“possibilità di rimozione degli effetti della condotta anche in mancanza di un elemento psicologico costituito dal dolo o dalla colpa”* va invece fatta *“salva sempre la necessità di questi ultimi elementi per il caso in cui il ricorrente intenda ottenere, a carico della controparte, oltre all'eliminazione degli effetti della condotta, anche altre misure di tipo risarcitorio o riparatorio”*.

56. Nel caso di specie, come si è visto, non vi sono elementi per ritenere che la convenuta, nel licenziare la ricorrente, fosse consapevole della discriminazione che stava ponendo in essere e va dunque escluso che a fondamento della pretesa risarcitoria della ricorrente possa configurarsi il dolo.

57. Ve ne sono, però, per configurare una responsabilità colposa.

58. A fronte di una normativa e di una giurisprudenza comunitaria e nazionale come quelle richiamate ai punti 11 e ss, infatti, in capo al datore di lavoro che intenda procedere al licenziamento per superamento del periodo di comporto si delinea come esibigile - secondo buona fede, ma anche nel proprio interesse di evitare di incorrere in un licenziamento nullo - oltre all'adozione di correttivi del tipo ipotizzato al punto 31, anche un ben preciso comportamento attivamente volto ad intercettare eventuali situazioni in cui il licenziamento possa realizzare una discriminazione indiretta.

59. Tale comportamento non può che essere incentrato sull'informazione del lavoratore in merito ai suoi diritti e sul conseguente invito a valutare la propria situazione e far valere l'eventuale ricorrenza delle condizioni in cui tali diritti diventano concretamente esercitabili.

60. Non diversamente da quanto è ormai richiesto in via generale dal d.lvo n. 104/2022 per i principali aspetti del rapporto lavorativo, appare necessario informare per tempo il dipendente delle regole sul comporto - e, in particolare, sia già nota o meno la sua disabilità, del fatto che quest'ultima dà comunque diritto ad un trattamento diversificato in merito al computo delle assenze da essa determinate - e, quindi, invitarlo a fornire al datore di lavoro tutti gli elementi utili a comprendere se, nel suo caso, sussistono le condizioni in presenza delle quali l'applicazione del medesimo periodo di comporto previsto per i lavoratori non disabili si rivela discriminatoria e, dunque, idonea a viziare il licenziamento e, in caso di esito positivo della verifica, ad adottare gli opportuni accorgimenti.

61. Si tratta, a ben vedere, di dare seguito al fondamentale principio di buona fede sancito dall'art. 1375 c.c., che presidia l'esecuzione di qualsiasi contratto imponendo a ciascuna parte di agire in modo da preservare anche gli interessi dell'altra.

62. Il datore di lavoro è sicuramente agevolato dal medico curante che, nel compilare l'attestato di malattia, esercita correttamente il suo compito di



segnalazione del nesso tra assenze e disabilità attraverso la spunta dell'apposita casella dell'attestato di malattia relativa allo *"stato patologico sotteso o connesso alla situazione di invalidità riconosciuta"*.

63. Non diversamente da quanto avviene per le altre due caselle che hanno analogo scopo - *"patologia grave che richiede terapia salvavita"* e *"malattia per la quale è stata riconosciuta la causa di servizio"* - l'onere di una tale comunicazione in capo al medico è tuttavia un mero ausilio per il datore di lavoro che, in assenza di espressa previsione normativa in tal senso, non è certo sufficiente ad esonerarlo dai suoi specifici e fondamentali doveri nei confronti del lavoratore, compreso quello di comportarsi secondo buona fede, anche perché le circostanze che giustificerebbe la spunta della casella in questione potrebbero anche non essere note al medico.

64. Solo l'inerzia del lavoratore di fronte ad un adeguato comportamento in tal senso del suo datore di lavoro, a parere di chi scrive, può consentire di valutare l'ignoranza da parte di quest'ultimo della disabilità e/o della riconducibilità ad essa delle assenze che hanno determinato il superamento del comporto come incolpevole e meritevole di considerazione in sede di liquidazione del risarcimento attraverso la sua limitazione alle cinque mensilità che *"in ogni caso"* ne costituiscono la misura minima ai sensi del comma 2 o, quanto meno, in termini di concorso di colpa del lavoratore.

65. Nel caso concreto, tutto ciò è mancato.

66. Nella lettera di licenziamento la convenuta ha scritto di essere costretta alla risoluzione del rapporto di lavoro per superamento del comporto *"non avendo Tu prodotto alcuna documentazione attestante l'esclusione di talune giornate in tale calcolo"* e, nel costituirsi in giudizio, ha allegato e chiesto di provare che *"in data 07/10/2022 è stata convocata dalla responsabile del personale, dr.ssa PATRIZIA SIGNORINO, la quale come di prassi in questi casi, spiegava alla ricorrente che risultava superato il periodo di comporto di malattia contrattuale e chiedeva se possedesse qualche documentazione che potesse determinare l'esclusione di talune giornate dal computo dei giorni utili. La ricorrente dichiarò di non aver alcuna documentazione in tal senso e così le è stata consegnata lettera di esclusione da socia e contestuale licenziamento per superamento del periodo di comporto in cui era specificato che la lavoratrice non aveva prodotto alcuna documentazione attestante l'esclusione di talune giornate da tale calcolo"*.

67. La circostanza è stata contestata dalla ricorrente nel corso del suo libero interrogatorio e successivamente esclusa da Patrizia Signorino la quale, nella sua deposizione del 29 marzo 2023, ha affermato ai minuti 4 e ss. che, come è sua abitudine in queste situazioni, quando la ricorrente si è presentata a seguito della convocazione, *"io le ho detto che la convocavo perché le dovevo consegnare la lettera di licenziamento per superamento del periodo di comporto e poi l'abbiamo letta"* e che l'unica conversazione residua ha avuto ad oggetto la richiesta della ricorrente di capire se potesse richiedere la Naspi, accompagnata dalla considerazione che il comporto era stato superato per un solo giorno e, comunque, era rientrata al lavoro, a cui la teste ha risposto ribadendo quanto era scritto.



68. A richiesta della giudice, la teste ha chiarito che non parlarono delle malattie per cui la ricorrente era stata assente, né la ricorrente chiese di rivedere la decisione, e quindi, a richiesta del difensore della società, ha confermato che, dopo aver letto la lettera, non parlarono di altro né, in particolare, del passaggio richiamato al punto 66 *“non avendo Tu prodotto alcuna documentazione attestante l'esclusione di talune giornate in tale calcolo”*.

69. La teste ha infine spiegato l'inserimento di tale passaggio nella lettera di licenziamento ad opera di un avvocato come conseguenza del fatto che, il 14 giugno, il sindacato della ricorrente aveva chiesto di conoscere la situazione del comportamento senza compiere allegazioni o produrre documentazione idonea ad incidere sul calcolo del medesimo.

70. Quanto è emerso non consente dubbi sul fatto che, contrariamente a quanto ha allegato, la cooperativa non si è in alcun modo attivata per accertare se vi fossero i presupposti per scomputare alcune assenze dal comportamento, accontentandosi del fatto che il sindacato, nell'informarsi mesi prima sul punto a cui l'integrazione del comportamento era giunta, non aveva fatto valere alcuna altra pretesa e che il medico di base non aveva flaggato la casella dell'attestato di malattia corrispondente al collegamento dell'assenza con la disabilità.

71. Così facendo, la convenuta non ha offerto alla ricorrente alcuna possibilità di riflettere sulle conseguenze della protrazione del silenzio fino a quel momento serbato sulla sua patologia - silenzio del tutto comprensibile, in ragione del pudore e del timore delle possibili conseguenze della sua rivelazione sul rapporto con l'azienda e con i colleghi - e di far valere la sua disabilità per evitare il licenziamento.

72. Al di là di ogni considerazione sulla sufficienza di una condotta come quella allegata - richiesta formulata immediatamente prima della consegna della lettera di licenziamento, senza concedere alla lavoratrice un'adeguata informazione su cosa avrebbe dovuto cercare e sulla sua rilevanza e senza darle tempo per compiere le necessarie valutazioni e ricerche, eventualmente anche consultando i medici curanti - ciò impone di imputare l'ignoranza da parte della convenuta della disabilità della ricorrente e della riconducibilità ad essa delle assenze anche, e prima di tutto, alla sua colpevole inerzia nella doverosa fase di verifica della effettiva licenziabilità della ricorrente a fronte del superamento del periodo di comportamento.

73. In tale contesto non vi sono ragioni per escludere la responsabilità risarcitoria della convenuta per aver, pur inconsapevolmente, posto in essere un licenziamento discriminatorio né per configurare un concorso di colpa della lavoratrice ai sensi dell'art. 1227 comma 1 c.c.

74. Nella più completa assenza di elementi che consentano di configurare la percezione da parte della ricorrente di redditi da lavoro nel periodo successivo al licenziamento, l'indennità spettante alla stessa ai sensi dell'articolo 18 comma II va calcolata in base alla retribuzione globale di fatto mensile di € 1822,22 lordi già menzionata al punto 49 maturato dal giorno del licenziamento fino a quello della presente decisione contenente la condanna della convenuta al pagamento dell'indennità sostitutiva della reintegrazione.



75. Rendendo efficace la scelta per l'indennità sostitutiva effettuata in corso di causa, infatti, quest'ultima individua il momento in cui, ai sensi della giurisprudenza consolidata successivamente alle sentenze SU n. 18353/18354/2014, il rapporto di lavoro *"si estingue senza che debba intervenire il pagamento dell'indennità stessa e senza che permanga - per il periodo successivo in cui la prestazione lavorativa non è dovuta dal lavoratore né può essere pretesa dal datore di lavoro - alcun obbligo retributivo"* con il conseguente assoggettamento dell'obbligo avente ad oggetto il pagamento della suddetta indennità soltanto *"alla disciplina della "mora debendi" in caso di inadempimento, o ritardo nell'adempimento, delle obbligazioni pecuniarie del datore di lavoro, con applicazione dell'art. 429, terzo comma, cod. proc. civ., salva la prova, di cui è onerato il lavoratore, di un danno ulteriore"* (così Cass. 20317/2015).

76. Al risarcimento così calcolato debbono ovviamente aggiungersi gli accessori di cui all'articolo 429 c.p.c. ovvero la rivalutazione monetaria sul capitale sopra indicato e gli interessi al tasso legale calcolati sul capitale annualmente rivalutato.

77. La decisione sulle spese segue la soccombenza della società convenuta.

78. La genericità dell'impugnazione stragiudiziale del licenziamento del 5 dicembre 2022 e la considerazione che la cooperativa è dunque venuta a conoscenza dei motivi di impugnazione qui accolti soltanto con la notifica del ricorso appaiono idonei ad integrare le gravi ed eccezionali ragioni in presenza delle quali, alla luce della pronuncia n. 77/2018 della Corte Costituzionale, l'art. 92 c.p.c. consente al giudice di compensare le spese di lite ma, nel caso di specie, alla luce del comportamento tenuto dalla società in sede conciliativa a fronte della disponibilità manifestata dalla ricorrente, giustificano la compensazione soltanto nella misura di un terzo.

P.Q.M.

Visti gli art. 1 comma 47 e ss. l. 92/2012 e 429 c.p.c., definitivamente pronunciando,

- dichiara la nullità del licenziamento intimato a PAOLA SBIGOTTITI da COOPERATIVA ANIMAZIONE VALDOCCO COOPERATIVA SOCIALE IMPRESA SOCIALE ONLUS in data 7 ottobre 2022 e della contestuale esclusione da socia e, per l'effetto,

- condanna la COOPERATIVA ANIMAZIONE VALDOCCO COOPERATIVA SOCIALE IMPRESA SOCIALE ONLUS in persona del suo legale rappresentante al pagamento in favore della ricorrente dell'importo lordo di € 27.333,30 a titolo di indennità sostitutiva della reintegrazione ed al risarcimento del danno in misura pari alla retribuzione globale di fatto di € 1.822,22 lordi dal giorno del licenziamento a quello della presente decisione, oltre rivalutazione monetaria ed interessi legali sulla somma annualmente rivalutata dalla maturazione delle singole mensilità al saldo, nonché al versamento dei relativi contributi previdenziali ed assistenziali;

- condanna, infine, la COOPERATIVA ANIMAZIONE VALDOCCO COOPERATIVA SOCIALE IMPRESA SOCIALE ONLUS alla rifusione in



favore della ricorrente di € 6.000 oltre rimborso forfettario 15%, Iva e Cpa,
pari a due terzi delle spese di lite, compensato il restante terzo.
Si comunichi.
Torino, 2 luglio 2023

LA GIUDICE

dott.ssa Daniela Paliaga

