



LA DISABILITA' COME FATTORE TIPICO DI DISCRIMINAZIONE

AVVOCATA MIRELLA CAFFARATTI

NORMATIVA MAGGIORMENTE RILEVANTE

- Costituzione articoli 2, 3, 4 e 38.
- Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali –articolo 4 divieto di discriminazione.
- Legge 300/70 art.15 Statuto dei Lavoratori.
- Legge 104/92 – Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate.
- Legge 12 marzo 1999 n. 68 – Norme per il diritto al lavoro dei disabili.
- Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea - 2000 - art. 21.
- Direttiva Comunitaria 2000/78/CE del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro.

- D.Lgs. 216/2003 – Attuazione della Direttiva 200/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro.
- Legge 67/2006 – Misure per la tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazione.
- Legge 3 marzo 2009 n.18. Ratifica ed esecuzione della Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità.
- Legge 150/2011, art.28 sull'onere della prova
- TFUE Trattato sul funzionamento dell'UE art. 19 - 2012.

IL FATTORE TIPICO DI DISCRIMINAZIONE O DI PROTEZIONE

Dire “fattore tipico di discriminazione o di protezione” significa che esso è previsto come tale dalla legge

Significa che le persone che sono portatrici di uno dei fattori tipici di protezione si trovano in una posizione che può essere a rischio di discriminazione, di trattamenti deteriori rispetto ad altri che non siano in tale situazione.

Significa, quindi, che esse vanno tutelate se ed in quanto tale rischio si avveri.

LA DISABILITÀ COME FATTORE TIPICO DI PROTEZIONE E DUNQUE COME OGGETTO DEL DIRITTO ANTIDISCRIMINATORIO

La disabilità è un fattore tipico di protezione, previsto come tale dalla normativa che abbiamo prima citato e riconosciuto come tale dalla giurisprudenza.

Per fare un esempio, in base alle norme antidiscriminatorie e alla giurisprudenza che si è formata, sia in sede comunitaria che in sede nazionale, è ormai pacifico che adottare comportamenti che penalizzino le assenze dei lavoratori e delle lavoratrici, senza distinguerne l'origine, la natura e le motivazioni, è un comportamento discriminatorio se il motivo dell'assenza è una causa tipica di discriminazione, come è per la disabilità.



**L'essenza del concetto di
discriminazione risiede
proprio in questo:**

**nella causa tipica che
produce il trattamento
deteriore**

DEFINIZIONE DI DISABILITÀ


La Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità, recepita dalla legge 18/2009, definisce le persone con disabilità come *“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”*

LA DIFFERENZA TRA HANDICAP/DISABILITÀ E MALATTIA

La Corte di giustizia ha chiarito, ad esempio con la sentenza Chacon Navas dell'11 luglio 2006, che è esclusa un'assimilazione pura e semplice delle due nozioni.

La Corte di Giustizia, con la sentenza 1 dicembre 2016 in causa Daouidi, ha escluso che la situazione di un lavoratore affetto da inabilità temporanea, ma di durata incerta, a seguito di infortunio, si possa qualificare di per sé come situazione di disabilità.

Ed ha ritenuto necessario, perchè vi possa essere una tale qualificazione, che tale situazione sia almeno di lunga durata.



LA
DISCRIMINAZIONE
DIRETTA E LA
DISCRIMINAZIONE
INDIRETTA.
DIRETTIVA
2000/78/CE

sussiste **discriminazione diretta**,
quando, sulla base di uno qualsiasi
dei motivi di cui all'articolo 1
(religione, convinzioni personali,
handicap, età, tendenze sessuali),
una persona è trattata meno
favorevolmente di quanto sia, sia
stata o sarebbe trattata un'altra in
una situazione analoga.

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 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 a cui si applica la presente direttiva sia obbligato dalla legislazione nazionale ad adottare misure adeguate, conformemente ai principi di cui all'articolo 5 (soluzioni ragionevoli per i disabili), per ovviare agli svantaggi provocati datale disposizione, tale criterio o tale prassi.”. (art.2 Direttiva 2000/78/CE)

LA DISCRIMINAZIONE DIRETTA

colpisce in modo evidente e palese una persona in quanto portatrice di un fattore tipico di discriminazione (quale è la disabilità)

Non prevede né ammette cause di giustificazione

LA DISCRIMINAZIONE INDIRETTA

viene attuata attraverso un atto, un patto, un comportamento o una prassi, che, *prima facie*, appaiono privi dei connotati discriminatori (ciò che si rende con l'espressione “apparentemente neutri”)

Il convenuto è ammesso a provare che l'effetto discriminatorio è giustificato in quanto la disposizione adottata

- riguarda requisiti essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa (ad esempio, la moda)**
- risponde ad un obiettivo legittimo**
- i mezzi impiegati per il suo conseguimento sono appropriati e necessari**




ESEMPI DI DISCRIMINAZIONE INDIRETTA

il requisito della statura minima

il requisito del possesso di un determinato tipo di patente

il regime orario di *part time* a cui si attribuisca un trattamento diverso e peggiore rispetto al tempo pieno



La sentenza 6575/2016 della Corte di Cassazione

“La discriminazione 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.”

**L'INFONDATA
PRETESA CHE LA
LEGGE 104/92
ESAURISCA LA
TUTELA DELLA
PERSONA
DISABILE**

Chi sostiene tale tesi tende ad ignorare la normativa antidiscriminatoria, ritenendo per lo più che si tratti di principi non direttamente cogenti e ritiene che la legge 104 sia l'unica norma in materia di rapporto tra disabilità e lavoro, ma anche norma esaustiva in materia antidiscriminatoria per causa di disabilità.

NON È COSÌ

La legge 104 è una delle norme regolatrici delle situazioni di disabilità.

ma non e' certamente una norma squisitamente antidiscriminatoria.

Le norme antidiscriminatorie ci sono e sono altre

Riguardano esplicitamente i soggetti disabili

Sono successive e speciali rispetto alla 104

Coprono aree logico-giuridiche diverse

Rispondono a nuove e più approfondite sensibilità

E non si debbono ignorare

**Cassazione 23338/2018, che ha affermato
“l'assoluta autonomia del concetto di handicap, quale
fattore di discriminazione, rispetto all'accertamento
della condizione di handicap grave di cui alla L.104
del 1992**

**L'ONERE DELLA PROVA
REGIME PROBATORIO AGEVOLATO
(DIRETTIVA 2000/78/CE ART. 10
D.LGS. 150/2011 ART.28 COMMA 4)**

Quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico, dai quali si può presumere l'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori, spetta al convenuto l'onere di provare l'insussistenza della discriminazione.

I dati di carattere statistico possono essere relativi anche alle assunzioni, ai regimi contributivi, all'assegnazione delle mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione di carriera e ai licenziamenti dell'azienda interessata.



UN ESEMPIO



LA POSIZIONE DEL/DELLA CAREGIVER

Ai sensi della legislazione antidiscriminatoria e ai sensi di quella a tutela dei soggetti disabili, così come in base alla giurisprudenza, anche della Corte d'Appello di Torino, vi è una parificazione completa tra i *caregivers* e i disabili.

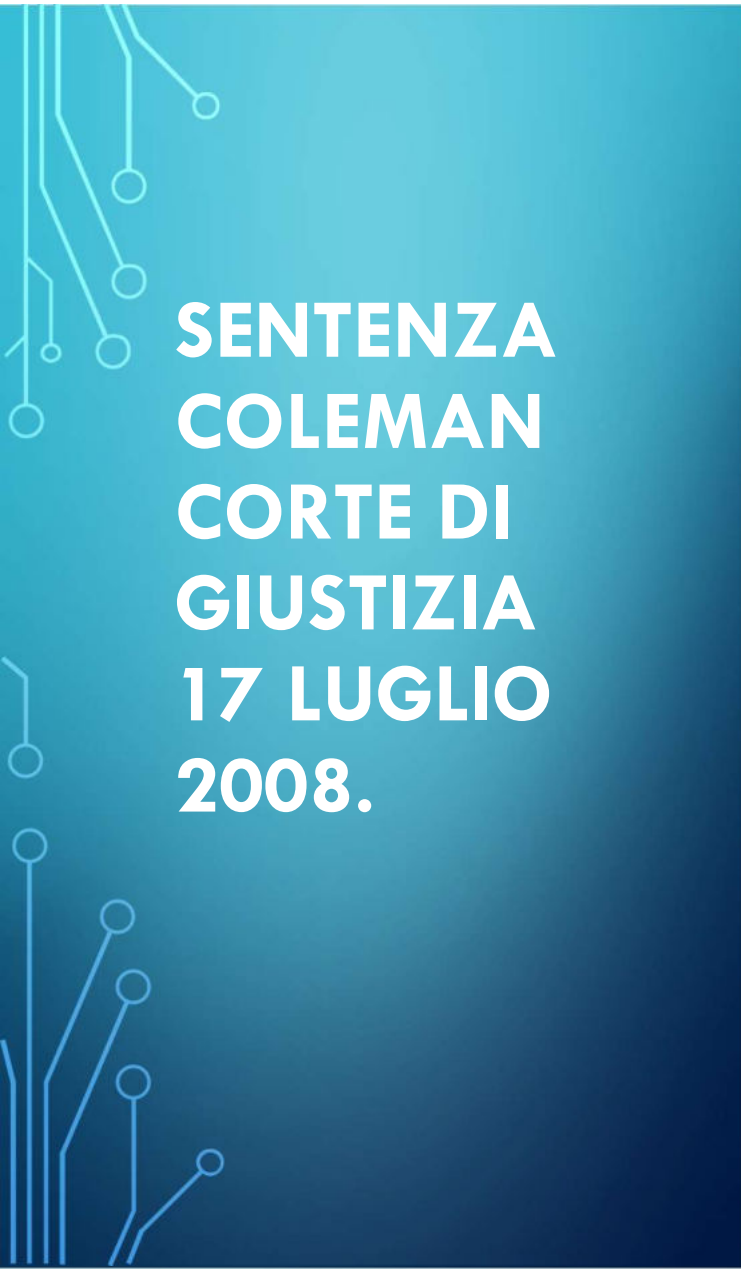
Ora è evidente che chi non è costretto ad assentarsi dal lavoro per assistere un disabile (non parliamo neppure di chi sia egli stesso disabile)

Di particolare importanza, per la formalizzazione del divieto di
discriminazione del *caregiver*, è la DIRETTIVA 2019/1158 del Parlamento
Europeo, recepita con il D.Lgs. 105 del 3 giugno 2022.



**NON E' NELLA STESSA SITUAZIONE DI CHI E' DISABILE
NE' IN QUELLA DI CHI DEVE ASSISTERE UN FAMILIARE DISABILE**

- **Corte di Giustizia 17 luglio 2008 in causa Coleman**
- **Cassazione 22421/2015**
- **Corte Costituzionale 213/2016**
- **Corte d'appello Torino 91/2021**



**SENTENZA
COLEMAN
CORTE DI
GIUSTIZIA
17 LUGLIO
2008.**

“38. ... da queste disposizioni della direttiva 2000/78 non risulta che il principio della parità di trattamento che essa mira a garantire sia limitato alle persone esse stesse disabili ai sensi di tale direttiva...

il principio della parità di trattamento sancito da detta direttiva in quest'ambito si applica non in relazione ad una determinata categoria di persone, bensì sulla scorta dei motivi indicati al suo art.1.

SENTENZA COLEMAN CORTE DI GIUSTIZIA 17 LUGLIO 2008.

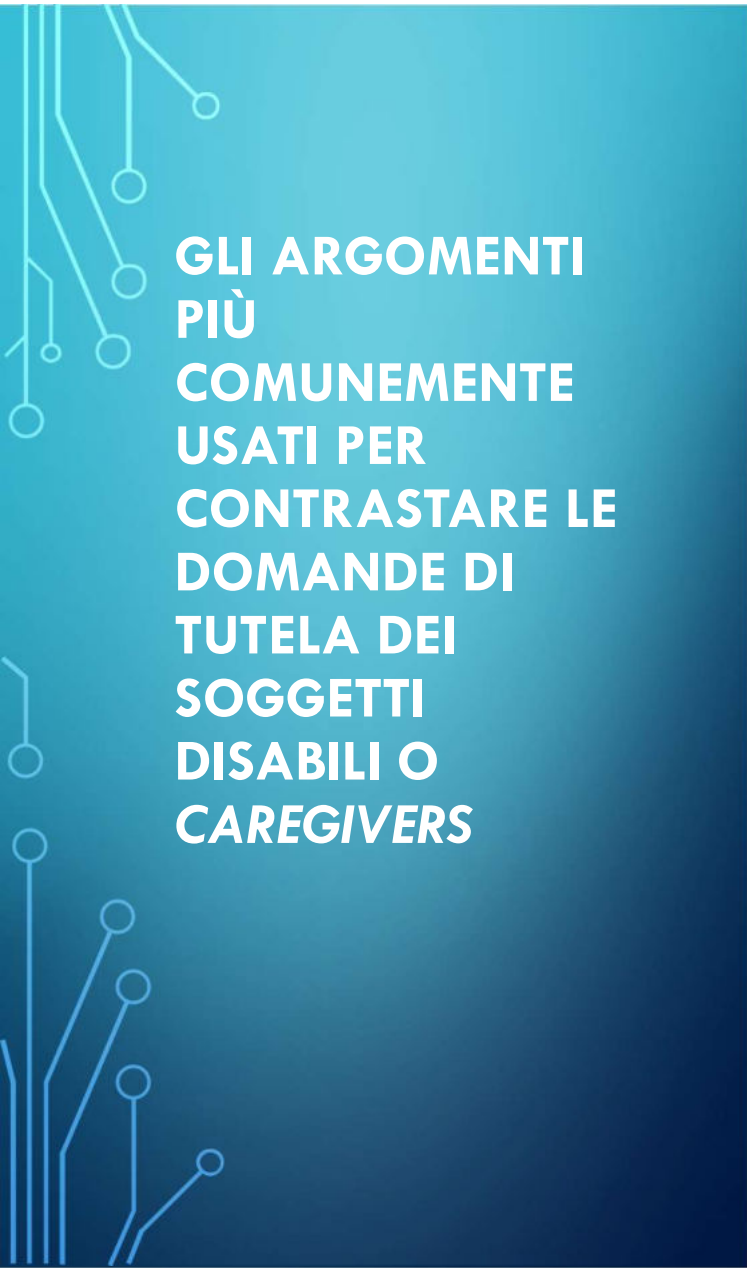
50. Orbene, anche se in una situazione come quella di cui alla causa principale la persona oggetto di una discriminazione diretta fondata sulla disabilità non è essa stessa disabile, resta comunque il fatto che è proprio la disabilità a costituire, secondo la sig.ra Coleman, il motivo del trattamento meno favorevole del quale essa afferma di essere stata vittima.

SENTENZA COLEMAN CORTE DI GIUSTIZIA 17 LUGLIO 2008.

56. la direttiva 2000/78 e, in particolare i suoi artt.1 e 2, nn.1 e 2, lett. a), devono essere interpretati nel senso che il divieto di discriminazione diretta ivi previsto non è limitato alle sole persone che siano esse stesse disabili. Qualora un datore di lavoro tratti un lavoratore che non sia esso stesso disabile, in modo meno favorevole rispetto al modo in cui è, è stato o sarebbe trattato un altro lavoratore in una situazione analoga, e sia provato che il trattamento sfavorevole di cui tale lavoratore è vittima è causato dalla disabilità del figlio, al quale egli presta la parte essenziale delle cure di cui quest'ultimo ha bisogno, un siffatto trattamento viola il divieto di discriminazione diretta enunciato al detto art.2, n.2, lett. a)”.

Tribunale Roma 1 febbraio 2020

E' discriminatoria la mancata adibizione al lavoro effettivo della lavoratrice madre di una bambina disabile (inattività a seguito della dichiarata illegittimità di un provvedimento di trasferimento)




**GLI ARGOMENTI
PIÙ
COMUNEMENTE
USATI PER
CONTRASTARE LE
DOMANDE DI
TUTELA DEI
SOGGETTI
DISABILI O
CAREGIVERS**

tanto lavori, tanto ti pago

la scelta dell'Ordinamento sarebbe stata quella di concedere ai lavoratori e alle lavoratrici portatori disabili il diritto a non lavorare, cui corrisponderebbe un *pati* datoriale che non si accompagna ad alcun onere economico;

il lavoratore disabile non ha diritto di chiedere altro; la legge 104 sarebbe esaustiva dei suoi diritti



la situazione dei soggetti disabili e/o dei *caregivers* è identica a quella di chi sia assente per altre cause, che non siano fattori tipici di discriminazione, come la malattia o l'infortunio.

il *caregiver* sarebbe nella stessa situazione dei colleghi e delle colleghe che non hanno alcun familiare da assistere e che non sono titolari di 104.


NON SUSSISTEREBBE NESSUNA DISCRIMINAZIONE NEL TRATTARE DIVERSAMENTE (E IN MODO DETERIORE) UN LAVORATORE O UNA LAVORATRICE DISABILE O CAREGIVER.

MA ANCHE

Non sussisterebbe alcuna discriminazione nel trattare una persona disabile in modo uguale ad un qualsiasi soggetto assente

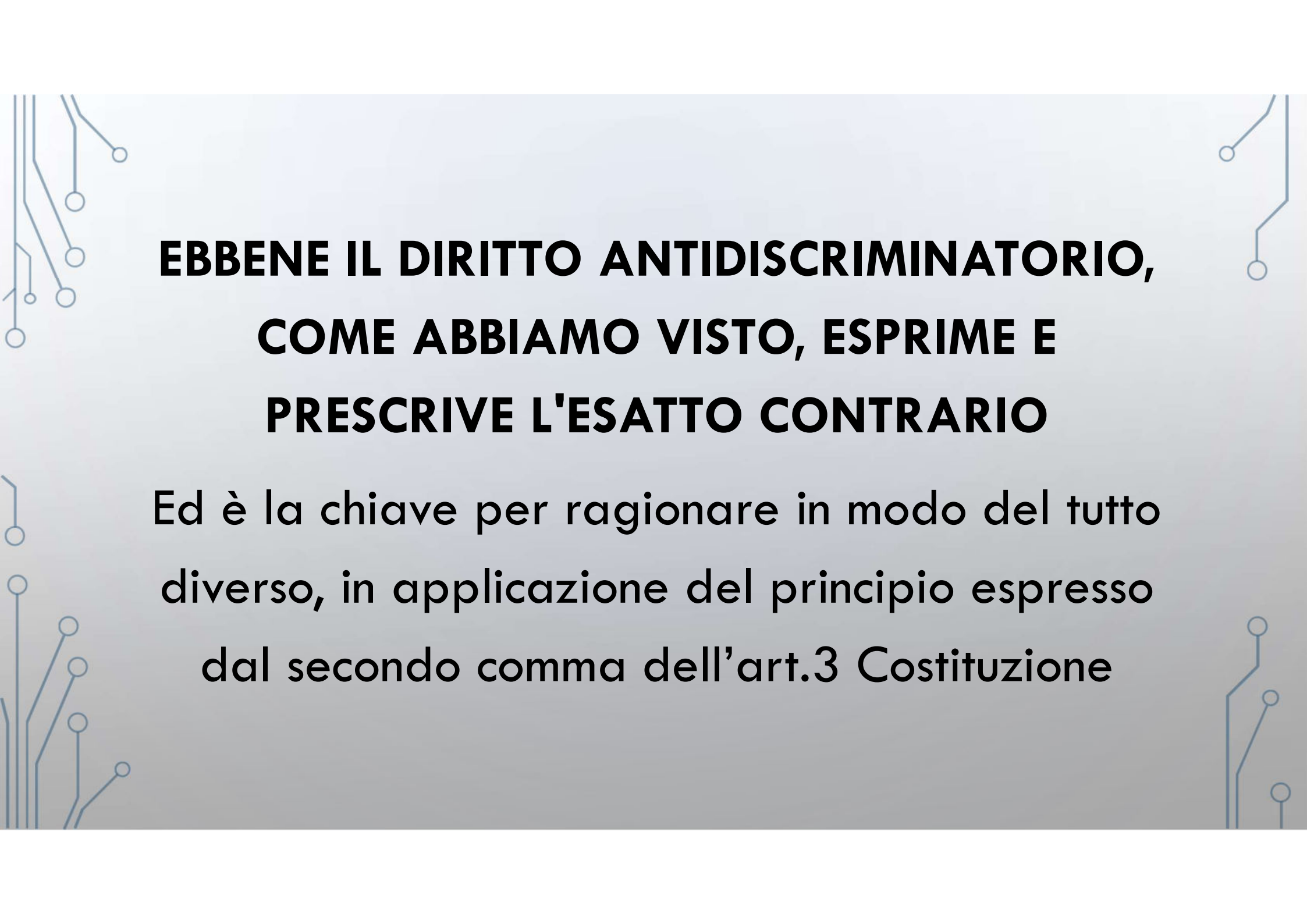
l'errore è evidente, perché la corretta comparazione è quella tra lavoratori presenti e lavoratori assenti a cagione di una causa tipica di discriminazione.

Questi sono i termini di comparazione corretti



eccezione di incapacità del lavoratore o della lavoratrice a svolgere determinate mansioni, anziché percorrere la strada di un patto di demansionamento (Cass. 23170/2013)

l'accoglimento delle domande dei lavoratori e delle lavoratrici e/o *caregivers* porterebbe al fatto che questi/e ultimi/e si troverebbero a godere di un trattamento migliore rispetto agli altri colleghi



**EBBENE IL DIRITTO ANTIDISCRIMINATORIO,
COME ABBIAMO VISTO, ESPRIME E
PRESCRIVE L'ESATTO CONTRARIO**

Ed è la chiave per ragionare in modo del tutto diverso, in applicazione del principio espresso dal secondo comma dell'art.3 Costituzione

L'ACCOMODAMENTO RAGIONEVOLE.

**(ART.5 DIRETTIVA 2000/78/CE
D.L.76/2013 CONVERTITO IN LEGGE 99/2013)**

Uno dei riferimenti più importanti è ancora la Corte di Giustizia con la sentenza Chacon Navas

“Sono previste soluzioni o accomodamenti ragionevoli per garantire il rispetto del principio della parità di trattamento dei disabili.

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, a meno che tali provvedimenti richiedano al datore di lavoro un onere finanziario sproporzionato.”.

MA IN CHE CONSISTONO GLI ACCOMODAMENTI RAGIONEVOLI?

Secondo la migliore dottrina e giurisprudenza, gli accomodamenti ragionevoli comprendono, non solo interventi di carattere tecnico materiale (riallestimento della postazione di lavoro o sostituzione di attrezzature, eliminazione di barriere architettoniche, segnaletica), ma anche interventi di carattere organizzativo (redistribuzione delle mansioni, riduzione o rimodulazione dell'orario di lavoro, riorganizzazione dei turni)

La ricerca di mansioni diverse, equivalenti o inferiori, deve essere considerata un accomodamento ragionevole ai sensi di legge.

(Cassazione Sezioni Unite 7755/1998)

TRIBUNALE DI LECCO – 26 GIUGNO 2022
PER «ACCOMODAMENTI RAGIONEVOLI» DEVONO INTENDERSI

ADEGUAMENTI LATO SENSU ORGANIZZATIVI
CHE IL DATORE DI LAVORO DEVE PORRE IN ESSERE

E CHE SI CARATTERIZZANO PER LA LORO «APPROPRIATEZZA»,

OVVERO

PER LA LORO IDONEITÀ A CONSENTIRE ALLA PERSONA SVANTAGGIATA DI SVOLGERE
L'ATTIVITÀ LAVORATIVA

ENTRO IL LIMITE CHE TALE ACCOMODAMENTO NON IMPONGA
«UN ONERE SPROPORZIONATO O ECCESSIVO»

(CASS.6497/2021)

L'ULTERIORE REQUISITO DELLA RAGIONEVOLEZZA

COME ESPRESSIONE DEI DOVERI DI BUONA FEDE E CORRETTEZZA NEL COMPORTAMENTO RICHiesto ALLE PARTI DI AGIRE IN MODO DA PRESERVARE GLI INTERESSI DELL'ALTRA IN UNA SITUAZIONE IN CUI SONO IN GIOCO:

- L'INTERESSE DEL DISABILE AL MANTENIMENTO DI UN LAVORO CONFACENTE AL SUO STATO FISICO E PSICHICO
- L'INTERESSE DEL DATORE A GARANTIRSI COMUNQUE UNA PRESTAZIONE LAVORATIVA UTILE PER L'IMPRESA

TRIBUNALE MILANO N.2843/2019

Individuare soluzioni di impiego conformi con la ridotta capacità lavorativa, anche in figure professionali diverse del medesimo livello

Utilizzare temporaneamente il lavoratore in una delle figure professionali di livello inferiore, finché non sarà possibile utilizzarlo con cambio profilo per il quale sia idoneo

Utilizzare il lavoratore in altra figura professionale per la quale conservi l'idoneità

Consentire al lavoratore di acquisire le abilitazioni e le conoscenze per la sua proficua utilizzazione

CORTE D'APPELLO TRIESTE N.25/2023

IN MANCANZA DELL'ASSOLVIMENTO DELL'OBBLIGO, DA PARTE DEL DATORE DI LAVORO, DI FORNIRE ALLEGAZIONE E PROVA DELLA SUSSISTENZA DI UN ONERE FINANZIARIO SPROPORZIONATO, SUSSISTE LA NATURA DISCRIMINATORIA DEL COMPORTAMENTO DATORIALE

(NEL CASO CONCRETO SI TRATTAVA DI UN MANCATO TRASFERIMENTO)

CORTE D'APPELLO NAPOLI 17 GENNAIO 2023

L'ESCLUSIONE DAL COMPUTO DEL PERIODO DI COMPORTO DEI GIORNI DI
ASSENZA PER MALATTIE CONNESSE ALLO STATO DI HANDICAP NON
COSTITUISCE UN CARICO ECCESSIVO PER IL DATORE DI LAVORO

POSSIBILE ANCHE LA RIDUZIONE DELL'ORARIO DI LAVORO

E LA FRUIZIONE DELL'ASPETTATIVA NON RETRIBUITA E DELLE FERIE ARRETRATE

E lo stesso vale per la riduzione dell'orario di lavoro (Corte di Giustizia HK Danmark 2011).

Sul punto, di particolare interesse è la sentenza della Corte di Giustizia 10 febbraio 2022 in causa contro HR Rail SA

Sulla piena ed effettiva partecipazione del soggetto disabile alla vita professionale aziendale in condizione di uguaglianza rispetto agli altri dipendenti considerati pienamente idonei al lavoro, Cassazione 6798/2018

E anche, per l'eshaustività della motivazione, la sentenza del Tribunale di Ivrea del luglio 2018, ove si dice che sussiste “a carico del datore di lavoro di un obbligo ben più pregnante rispetto a quello ricavabile dal sistema civilistico:

il 'ragionevole accomodamento' consiste in una misura organizzativa che può andare al di là del limite costituito dall'apprezzabile sacrificio;

il datore di lavoro, cioè, può essere chiamato ad apportare una rilevante modifica all'organizzazione produttiva allo scopo di salvaguardare la libera esplicazione della personalità del lavoratore affetto da disabilità, anche se ciò comporta per lo stesso imprenditore un apprezzabile sacrificio, con l'unico limite che non può trattarsi di un accorgimento 'sproporzionato o eccessivo'.”.

Il limite rappresentato dall'eccessiva sproporzione andrà valutato caso per caso

In base all'art. 10 comma 3 della legge 68/99, il licenziamento del lavoratore invalido è legittimo solo nel caso in cui, previa attuazione, da parte del datore di lavoro, di tutti i possibili adattamenti all'organizzazione produttiva, la definitiva impossibilità di essere riassunto all'interno dell'azienda sia stata accertata dalla Commissione di cui all'art.4 della legge 104/92.

(Tribunale Ivrea del 6 luglio 2018)

A decorative background featuring a light blue gradient with a faint, stylized circuit board pattern. The pattern consists of thin lines and small circles, resembling electronic traces and components, located in the corners and along the edges of the page.

**Il rifiuto di adottare soluzioni ragionevoli
integra un comportamento discriminatorio.**

La discriminazione sussiste anche se non ci sia accomodamento ragionevole, anche se non sia possibile alcun accomodamento ragionevole

perchè l'accomodamento ragionevole NON fa parte della fattispecie discriminatoria; è un rimedio previsto come possibile dalla legge; è un *quid pluris*, un *posterius* rispetto alla formazione della fattispecie discriminatoria in ragione di disabilità.

LE CONSEGUENZE GIURIDICHE DEL COMPORTAMENTO DISCRIMINATORIO DEL DATORE DI LAVORO

- **nullità degli atti, dei patti e dei comportamenti discriminatori**
- **accertamento del diritto delle parti ricorrenti alla rimozione degli effetti discriminatori**
- **condanna del datore di lavoro alla rimozione degli effetti, con adozione, anche nei confronti della pubblica amministrazione, di ogni altro provvedimento idoneo alla rimozione degli effetti discriminatori**
- **condanna del convenuto al risarcimento del danno anche non patrimoniale**



GRAZIE PER L'ATTENZIONE

NRG. 38812 /2019

TRIBUNALE DI ROMA

III Sezione Lavoro

Il Giudice del Lavoro, Dott.ssa Amalia Savignano, ha emesso la seguente

ORDINANZA:

visto il ricorso ex art. 700 c.p.c., promosso da [redacted] (difesa dall'Avv. Pierluigi Panici) nei confronti di [redacted] Srl, con cui si chiede di "ordinare" alla predetta datrice di lavoro "di disporre la immediata e concreta adibizione al lavoro della dott.ssa [redacted]";

visto l'atto di intervento della Consigliera di Parità della Città Metropolitana di [redacted] dott.ssa [redacted] (difesa dall'Avv. Gianna Baldoni), con cui si chiede che il GL, "ritenuta la natura discriminatoria della condotta posta in essere dalla società convenuta ..., annullarla, accogliendo il ricorso della ricorrente ed adottare ogni provvedimento opportuno per la rimozione degli effetti della condotta illegittima in danno della ricorrente";

vista la memoria di costituzione e risposta di [redacted] Srl (difesa dagli Avv.ti Francesco Rotondi, Alessandro Paone e Marco Pati Clausi), in cui si chiede di "rigettare integralmente il ricorso ex art. 700 c.p.c. avversario, in quanto inammissibile e/o infondato in fatto ed in diritto";

letti gli atti;

a scioglimento della riserva di cui all'udienza 16.1.2020, si osserva quanto segue.

La ricorrente, dipendente della convenuta dal [redacted].1.2005 in qualità di redattore, assegnata alla redazione giornalistica romana [redacted], madre di una bambina portatrice di handicap in condizione di gravità, con missiva del 14.3.2019, è stata "comandata a prestare attività giornalistica in regime di trasferta presso la struttura



TG . della redazione di Milano”, “con decorrenza dal 20.3.2019 fino al 30.4.2019”.

In seguito a ricorso cautelare promosso dalla , il Tribunale di Roma, con ordinanza dell'8.4.2019, ha ritenuto che “lo spostamento della ricorrente, pur configurandosi dal punto di vista formale come trasferta”, “di fatto” realizzasse “un trasferimento”, avuto riguardo “alla complessa procedura di riorganizzazione che [aveva] determinato la cessazione di talune attività giornalistiche non può funzionali al nuovo assetto editoriale della testata e il trasferimento presso la sede di Milano delle attività redazionali restanti, ad eccezione della redazione politica e Centro Italia”, nonché al sistematico, successivo e continuativo rinnovo dei provvedimenti di trasferta presso la sede di Milano disposti nei confronti degli altri dipendenti, non licenziati e pur ritenuti in esubero rispetto la ridotta redazione romana.

Tale provvedimento cautelare, non reclamato dalla , è tutt'ora efficace tra le parti: ha invero la società promosso un ricorso volto all'accertamento della legittimità del provvedimento di trasferta disposto nei confronti della ricorrente – ricorso di cui peraltro la ricorrente ha preliminarmente eccepito l'inammissibilità –, ma il relativo giudizio è ancora pendente; sicché non è intervenuta alcuna sentenza che abbia dichiarato l'inesistenza del diritto a tutela del quale è stato emesso il provvedimento cautelare.

Per quanto osservato, allo stato, sussiste una statuizione giudiziale pienamente efficace tra le parti, che in sostanza riconosce il diritto della ricorrente ad essere assegnata presso la redazione romana della società resistente, stante la ritenuta illegittimità del trasferimento presso la redazione milanese.

Detto questo, il riconosciuto diritto della ricorrente a lavorare presso la sede romana va necessariamente ritenuto quale diritto al concreto svolgimento della prestazione lavorativa presso la predetta sede, non potendo certo esso esaurirsi nel diritto alla mera formale assegnazione alla sede romana.



Ora, però, la ricorrente, in forza di reiterati provvedimenti, è collocata (a decorrere dal 31.5.2019 e in virtù di successive proroghe sino all'attualità) in astensione non retribuita. In tal modo, pur rimanendo formalmente assegnata alla sede romana, di fatto non svolge da tempo alcuna attività lavorativa, rimanendo quindi sostanzialmente estromessa dal contesto lavorativo.

Ebbene, deve a questo punto evidenziarsi l'assoluta condivisibilità degli assunti difensivi attorei, concernenti l'esatto contenuto del diritto al lavoro, che non può esaurirsi certo nel diritto al posto di lavoro, dovendo necessariamente inculdere anche il diritto alla svolgimento della prestazione lavorativa. Se, infatti, in sede di ricostituzione della funzionalità del rapporto, in seguito all'accertamento dell'illegittimità del recesso datoriale, la reintegrazione del lavoratore, ai sensi dell'art. 18 St. Lav., presuppone l'effettiva sua riammissione in servizio e non solo la formale ricostruzione ex tunc del rapporto, tale diritto del prestatore di lavoro (previsto quale rimedio alla patologia del rapporto) sussiste a maggior ragione nell'ambito del suo fisiologico svolgimento.

“Del resto l'art. 18 L. 300/1970 non è l'unica fonte che riconosce la sussistenza del diritto del lavoratore ad eseguire la prestazione dovuta. E' sufficiente [infatti] richiamare l'art. 2103 c.c., che stabilisce espressamente e positivamente che il lavoratore deve essere adibito (ed ha diritto di essere adibito) alle sue mansioni e a mansioni equivalenti”; sicché “il lavoratore ha .. diritto, a maggior ragione, a non essere allontanato da ogni mansione, cioè ha diritto all'esecuzione della prestazione lavorativa”, diritto questo cui corrisponde un “correlativo obbligo”, in capo al datore di lavoro (creditore della medesima) a “non lasciarlo in forzata inattività, poiché il lavoro costituisce un mezzo non solo di guadagno, ma anche di estrinsecazione della personalità” (v. Cass. 18537/2004, citata in ricorso, nonché Cass. 1530/1998; 6265/1995).

L'azione con cui il lavoratore lamenta l'illegittimità del proprio stato di forzata inattività, chiedendo la condanna del datore di lavoro ad adibirlo all'attività



lavorativa per la quale è stato assunto, è senz'altro un'azione di inadempimento contrattuale. Ne consegue che il predetto può limitarsi ad allegare l'inadempimento della controparte, gravando, invece, sul debitore convenuto l'onere della prova o del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento, o della sopravvenuta impossibilità del predetto adempimento.

Ebbene, la resistente, nel costituirsi in giudizio, ha sostenuto che la scelta di collocare la ricorrente in astensione retribuita sarebbe stata dettata dall'impossibilità di adibire la ricorrente presso la sede romana, per effetto del documentato processo di riorganizzazione (che ha determinato la cessazione di talune attività giornalistiche non più funzionali al nuovo assetto editoriale della testata, il trasferimento presso la sede di Milano delle attività redazionali restanti ed il mantenimento presso la sede romana della sola redazione politica e Centro Italia), dall'indisponibilità della lavoratrice di accettare la prospettata trasferta presso la sede milanese e dalla volontà datoriale di evitarne però il licenziamento, avuto riguardo alla peculiarità delle sue condizioni familiari.

Ora, però, è la stessa resistente a riconoscere che presso la redazione romana sono rimasti in servizio 31 giornalisti ed invero, in nessun passaggio della memoria, arriva a sostenere che la ricorrente, che ha maturato dall'assunzione un'esperienza ultradecennale come redattore nei campi più disparati dell'attività giornalistica, non avrebbe la professionalità per occupare uno dei posti pacificamente presenti presso tale redazione.

Tanto chiarito, se è vero che, in generale, il sindacato del giudice non può essere dilatato sino al punto di valutare il merito della scelta operata dall'imprenditore – che come ritenuto da condivisibile orientamento giurisprudenziale, nel caso di trasferimento di un lavoratore ad un'altra sede, “non deve necessariamente presentare i caratteri dell'inevitabilità, essendo sufficiente che il trasferimento concreti una delle possibili scelte, tutte ragionevoli, che il datore di lavoro può adottare sul piano tecnico, organizzativo e produttivo” (v. Cass. 5099/2011; Cass. 9921/2009) –, nel



caso in esame, la specifica situazione della ricorrente (lavoratrice madre di una bambina in condizioni di handicap grave) non solo rende possibile, ma impone un sindacato penetrante sulla scelta datoriale, stante il chiaro divieto, sancito dall'art. 33, comma 5, L. 104/1992, di trasferire "il lavoratore dipendente, che assista persona con handicap in situazione di gravità, ... parente ... entro il secondo grado", "senza il suo consenso ad altra sede".

La ricorrente, in quanto lavoratrice madre di una bambina in situazione di handicap grave, ha quindi diritto di rimanere presso la sede romana, più di tutti gli altri 31 giornalisti ad essa assegnati.

La resistente, per contrastare la pretesa attorea di restare a Roma (e poi di lavorare effettivamente presso la relativa redazione), avrebbe dovuto dimostrare non tanto o comunque non soltanto che tale redazione è satura, per essere coperti tutti i posti ivi previsti, ma anche che i lavoratori ivi addetti hanno tutti una specifica professionalità, che la ricorrente viceversa non possiede, coerente con l'attività redazionale ivi disimpegnata e, soprattutto, si trovano tutti in una situazione di inamovibilità da tale sede, in forza di precise disposizioni di legge o di contrattazione collettiva.

In difetto dell'allegazione di tali ulteriori circostanze, deve escludersi che la resistente abbia assolto all'onere probatorio su di lei incombente dell'impossibilità di utilizzare la ricorrente presso la redazione romana.

Per quanto sin qui osservato la condotta posta in essere dalla datrice di lavoro non può che essere ritenuta illegittima, in quanto contraria tanto al divieto di trasferimento del lavoratore di cui all'art. 33, comma 5, L. 104/1992, quanto al divieto di mantenerlo privo di mansioni presso la sede di assegnazione.

Ciò chiarito, appaiono, in ogni caso, condivisibili anche le ulteriori argomentazioni difensive sviluppate dalla Consigliera di Parità della Città Metropolitana di

in sede di atto di intervento adesivo, secondo cui la situazione di oggettiva marginalizzazione cui è stata ridotta da tempo la ricorrente e il pervicace rifiuto



opposto dalla resistente alla collocazione della predetta presso la redazione romana si sono tradotti in un trattamento, oltre che lesivo, oggettivamente discriminatorio.

Avendo, infatti, l'azienda riservato alla ricorrente, giova ribadirlo, madre di una bambina affetta da patologia implicante una situazione di handicap grave, un trattamento identico a quello riservato ad altri lavoratori che non si trovavano in detta condizione (con la proposta di una trasferta o meglio, per quanto innanzi detto, di un trasferimento a Milano, laddove la mancata completa soppressione della redazione romana avrebbe imposto il suo mantenimento presso tale sede), ha infatti posto in essere una discriminazione, sia pure indiretta, ai sensi dell'art. 25, comma 2, del Codice delle Pari Opportunità di cui al D. Lgs. 198/2006. Sicché la scelta datoriale di collocare la ricorrente in aspettativa retribuita, lungi dal costituire un benevolo trattamento di favore, appare ulteriormente significativa della volontà di estromettere la lavoratrice dal contesto lavorativo, pur nella consapevolezza delle sue condizioni familiari disagiate e quindi meritevoli di appropriata tutela.

Per quanto sin qui osservato, non può che concludersi per la configurabilità del *fumus boni iuris*, rispetto alla richiesta di immediata e concreta riadibizione al lavoro della ricorrente presso la redazione romana.

In relazione poi all'ulteriore requisito del *periculum in mora*, è appena il caso di rilevare che la perdurante privazione della possibilità di prestare la propria attività lavorativa arreca alla ricorrente un danno alla professionalità, alla personalità morale e all'immagine, oltre che un pregiudizio all'integrità psicofisica, come documento dalla certificazione del Dipartimento di Salute Mentale della ASL RM del 3.11.2019 (v. doc. 7 della produzione attorea) e dalla relazione medico legale della Dott.ssa del 26.10.2019 (v. doc. 8).

In conclusione, deve accogliersi il ricorso e ordinarsi alla Srl di disporre l'immediata e concreta riadibizione della ricorrente al lavoro presso la redazione romana.



Le spese di lite seguono la soccombenza. Avuto riguardo alla legittimità dell'intervento *ad adiuvandum* spiegato dalla Consigliera di Parità, in quanto pienamente coerente con le prerogative del predetto organo (v. art. 36 del Codice delle Pari Opportunità), va posto a carico della resistente soccombente anche il rimborso delle spese processuali sostenute dalla predetta interveniente, essendo a tal fine irrilevante valutare la decisività o meno della sua presenza ai fini dell'esito favorevole della lite per l'adiuvata (v. Cass. 11670/2018)

P.Q.M.

Ordina a Srl di disporre l'immediata e concreta riadibizione della ricorrente al lavoro presso la redazione romana;

condanna la società resistente a rifondere alla ricorrente e all'interveniente le spese di lite, che si liquida in euro 2.000,00 in favore di ciascuna, oltre rimborso forfetario spese generali, IVA e CPA.

Roma, 31.1.2020.

Il Giudice del Lavoro
Dott. Amalia Savignano



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 comporto 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 comporto, 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 comporto senza fine; che il lavoratore non aveva chiesto l'aspettativa prima del superamento del periodo di comporto, 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 comportamento, 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 _____ 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 comportamento), 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 comporto 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 compimento 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 compimento 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 compimento 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.

Firmato Da: SAVIANO VERONICA Emesso Da: CA DI FIRMA QUALIFICATA PER MODELLO ATE Serial#: 2522fdefd0018388 - Firmato Da: SAVINO ANTONIETTA Emesso Da: CA DI FIRMA QUALIFICATA PER MODELLO ATE Serial#: 21b8c26
Firmato Da: DE PIETRO PIERO FRANCESCO Emesso Da: CA DI FIRMA QUALIFICATA PER MODELLO ATE Serial#: 45b3886e5c4b1742



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 comporta.

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 comporta per malattie connesse allo stato di handicap (eventualmente prevedendo per i disabili un periodo di comporta 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 peggiore 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 comporta 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 comporta, delle assenze relative al mese di luglio 2020, in quanto



risulta che, a decorrere dal 1° luglio 2020, la I _____ 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 comportamento.

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 comportamento 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





TRIBUNALE DI LECCO
-Ufficio del Giudice del lavoro-

n. 552/2022 r.g.

La dott.ssa Federica Trovò, in funzione di Giudice del lavoro, a scioglimento della riserva assunta all'udienza del 23.1.2023, nel procedimento *ex artt.* 28 d.lgs.vo n. 150/2011 e 4 D.lgs.vo n. 216/2003 promosso da

DA

(c.f.) - con il patrocinio degli

Avv.ti NYRANNE MOSHI e IVAN ASSAEL;

CONTRO

S.P.A. (c.f.) - con il patrocinio degli Avv.ti

ANTONELLA LOIACONO, BRUNO BITETTI e NUNZIO NARDULLI;

PREMESSO che

- , ha proposto ricorso con le forme del rito previsto dall'art. 28 del D.Lgs. n. 150/2011 per le controversie in materia di discriminazione, lamentando il carattere discriminatorio della condotta del convenuto datore di lavoro che, dopo essere stato condannato a reintegrare il ricorrente in seguito a dichiarazione di illegittimità del licenziamento comminatogli (per superamento del periodo di comporta), gli ha assegnato mansioni di addetto alle pulizie, in violazione del principio di derivazione comunitaria, che impone al datore di lavoro di adottare nei confronti del lavoratore disabile, ragionevoli accomodamenti, nel rispetto dei quali egli avrebbe dovuto essere adibito ad altre mansioni, tra cui agente di movimento-addetto alla sala operativo o altra mansione equivalente; ha quindi chiesto l'accoglimento delle seguenti conclusioni:

1. condannare la società convenuta ad assegnare al ricorrente la mansione di "agente di movimento - addetto alla sala operativo" o altra mansione

equivalente; 2. accertare e dichiarare la discriminatorietà della condotta tenuta dalla convenuta consistita nel non adottare i ragionevoli accomodamenti imposti al datore di lavoro dall'art. 3, comma 3 bis, del D.lgs. 216/2003; 3. condannare la convenuta ad adottare "ragionevoli accomodamenti" e ogni provvedimento appropriato per consentire al ricorrente di svolgere la propria prestazione lavorativa compatibilmente con le proprie condizioni di salute; 4. condannare la convenuta a risarcire al ricorrente il danno non patrimoniale subito nella misura di € 30.000,00 a titolo sanzionatorio per la discriminazione subita;

- S.P.A. si è costituita in giudizio assumendo di avere correttamente operato, adeguandosi alla valutazione del medico competente, che aveva dichiarato il ricorrente idoneo unicamente alle mansioni di addetto alle pulizie e quindi argomentando sull'incompatibilità dello stato di salute del ricorrente e le mansioni di addetto alla sala operativa;

ciò premesso il Tribunale

OSSERVA

1. Il presente procedimento segue immediatamente quello di impugnazione del licenziamento per superamento del periodo di comporta, all'esito del quale questo Giudice, con ordinanza del 26 giugno 2022, ha dichiarato la nullità del licenziamento intimato a _____, condannando S.P.A. a reintegrare il lavoratore nel posto di lavoro e a corrispondergli l'indennità di legge.

In questa sede il lavoratore -affetto da sarcoidosi cardiaca, con una sensibile riduzione della capacità lavorativa (accertata dall'I.N.P.S. nella misura del 67%)- non contestando l'inidoneità alla mansione di autista precedentemente svolta, assume che il datore di lavoro avrebbe potuto adibirlo alle mansioni di agente di movimento-addetto alla sala operativa, avendo già partecipato nel 2020 al bando di selezione interna per ricoprire tale mansione ed essendosi utilmente collocato al quarto posto in graduatoria. Il ricorrente sostiene l'equivalenza di tali ultime mansioni a quelle precedentemente ricoperte (autista) e lamenta invece che le mansioni di addetto alle pulizie appartengano ad altra area professionale e rappresentino un'offesa alla sua dignità professionale, di fatto concretizzando una discriminazione diretta e la violazione dell'art. 3, comma 3 bis. d.lgs.vo n. 216/2003. La parte resistente replica che

la mansione di addetto alle pulizie è l'unica alla quale è stato dichiarato idoneo dal medico competente.

2. Si dà per scontato che l'odierna fattispecie debba essere vagliata alla luce della tutela antidiscriminatoria, sul punto rinviando a quanto motivato nell'ordinanza del 26.6.2022 (doc. n. 33 di parte ricorrente), in ordine all'estensione, da parte della giurisprudenza europea, di detta tutela alle situazioni di malattia, dovendosi interpretare "la nozione di "handicap" di cui alla Direttiva 2000/78 nel senso di includervi la malattia, qualora per un periodo considerevole costituisca una limitazione alla piena ed effettiva partecipazione del lavoratore alla vita professionale.

Il comma 3 bis dell'art. 3 del D.Lgs 216/2003 (inserito dal D.L. 28/6/2013 n. 76 convertito in legge 9/8/2013 n. 99, all'art. 9 comma 4 ter), stabilisce 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 3/3/2009 n. 18, nei luoghi di lavoro, per garantire alle persone con disabilità la piena uguaglianza con gli altri lavoratori".

Per stessa definizione normativa è quindi discriminatoria la condotta del datore di lavoro che non adotti i "ragionevoli accomodamenti", volti a garantire al lavoratore disabile parità di trattamento rispetto agli altri lavoratori.

Anche rispetto alla portata dell'art. 3 comma 3 bis. d.lgs.vo n. 216/2003 e della nozione di "ragionevoli accomodamenti" si è già ampiamente detto nel precedente provvedimento del 26.6.2022, con argomentazioni che qui è utile richiamare:

"Il legislatore nazionale ha quindi deliberatamente scelto di trasporre nell'ordinamento interno la formula delle fonti sovranazionali, in dichiarata attuazione della direttiva n. 78/2000/CE, affidandosi ad una nozione a contenuto variabile, che ha come caratteristica strutturale proprio l'indeterminatezza: consapevole dell'impossibilità di una tipizzazione delle condotte prescrivibili, il legislatore ha conferito all'interprete il compito di individuare lo specifico contenuto dell'obbligo, guidato dalle circostanze del caso concreto.

Ai fini della delimitazione della nozione di accomodamenti ragionevoli e degli oneri che essi implicano a carico del datore di lavoro, è bene considerare che, come

opportunamente precisato dalla recente sentenza della Corte di Cassazione n. 6497/2021, per accomodamenti devono intendersi adeguamenti, *lato sensu*, organizzativi che il datore di lavoro deve porre in essere al fine di "garantire il principio della parità di trattamento dei disabili" e che si caratterizzano per la loro "appropriatezza", ovvero per la loro idoneità a consentire alla persona svantaggiata di svolgere l'attività lavorativa e ciò entro il limite, rinvenibile nella definizione della Convenzione ONU del 2006, che tale accomodamento non imponga "un onere sproporzionato o eccessivo", come quando richieda "un onere finanziario sproporzionato", ma con la precisazione che la soluzione non è sproporzionata allorchè l'onere sia compensato in modo sufficiente da misure esistenti nel quadro della politica dello Stato membro a favore dei disabili. Quanto all'ulteriore requisito della ragionevolezza, i giudici di legittimità hanno chiarito che esso è dotato di autonoma valenza letterale, atteso che se l'unica ragione per esonerare il datore di lavoro dal porre in essere l'adattamento, fosse l'onere "sproporzionato", allora non sarebbe stato necessario aggiungere il "ragionevole". I giudici di legittimità hanno allora evidenziato che se può sostenersi che ogni costo sproporzionato, inteso nella sua accezione più ampia di "eccessivo" rispetto alle dimensioni ed alle risorse finanziarie dell'impresa, renda l'accomodamento di per sè irragionevole, non è necessariamente vero il contrario, perchè non può escludersi che, anche in presenza di un costo sostenibile, circostanze di fatto rendano la modifica organizzativa priva di ragionevolezza, avuto riguardo, ad esempio, all'interesse di altri lavoratori eventualmente coinvolti.

Dalla connotazione della ragionevolezza come espressione dei più ampi doveri di buona fede e correttezza nei rapporti contrattuali, la Corte di Cassazione ha tratto indicazioni metodologiche utili per orientare prima il destinatario della norma ad individuare il comportamento dovuto e poi, eventualmente, il giudice, al fine di misurare l'esattezza dell'adempimento dell'obbligo di accomodamento nella concretezza del caso singolo e ciò ha fatto facendo riferimento a quella ricca giurisprudenza che identifica la buona fede oggettiva o correttezza come criterio di determinazione della prestazione contrattuale, costituendo fonte di integrazione del comportamento dovuto che impone a ciascuna delle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, ponendo metodologicamente al centro dell'operazione interpretativa l'esigenza di una valutazione comparata di tutti gli interessi in gioco, al fine di un bilanciato temperamento. Nel caso degli accomodamenti occorre quindi soppesare gli interessi giuridicamente rilevanti delle parti coinvolte: 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; poi 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 cit.) 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". Secondo la Corte di Cassazione non può, infine, aprioristicamente escludersi che la modifica

organizzativa coinvolga, in maniera diretta o indiretta, altri, lavoratori, sicchè in tal caso, fermo il limite non valicabile del pregiudizio a situazioni soggettive che assumano la consistenza di diritti soggettivi altrui, occorrerà valutare comparativamente anche l'interesse di costoro. All'esito di questo complessivo apprezzamento, con la sentenza in commento si è quindi ritenuto ragionevole ogni soluzione organizzativa praticabile, che miri a salvaguardare il posto di lavoro del disabile in un'attività che sia utile per l'azienda e che imponga all'imprenditore, oltre che al personale eventualmente coinvolto, un sacrificio che non ecceda i limiti di una tollerabilità considerata accettabile secondo "la comune valutazione sociale".

Pur discorrendosi in questa sede non più di licenziamento discriminatorio, ma piuttosto della condotta potenzialmente discriminatoria del datore di lavoro, che adibisca il lavoratore malato/disabile a mansioni non adeguate alla sua professionalità, nulla muta con riferimento alla ripartizione degli oneri probatori, sicchè anche sotto questo profilo sono pertinenti le argomentazioni svolte nell'ordinanza del 26 giugno 2022, ove sul punto si è fatto ampio rinvio alla motivazione della sentenza della Corte di Cassazione del 9.3.2021 n. 6497, la quale ha così statuito:

“secondo la più recente giurisprudenza di questa Corte, poi, spetta al datore di lavoro l'allegazione e la prova dell'impossibilità di rechange del dipendente licenziato, senza che sul lavoratore incomba un onere di allegazione dei posti assegnabili (Cass. n. 5592 del 2016; Cass. n. 12101 del 2016; Cass. n. 20436 del 2016; Cass. n. 160 del 2017; Cass. n. 9869 del 2017; Cass. n. 24882 del 2017; Cass. n. 27792 del 2017).

Trattandosi di prova negativa, il datore di lavoro ha sostanzialmente l'onere di fornire la prova di fatti e circostanze esistenti, di tipo indiziario o presuntivo idonei a persuadere il giudice della veridicità di quanto allegato circa l'impossibilità di una collocazione alternativa del lavoratore nel contesto aziendale (ancora Cass. n. 10435/2018 cit.; v. pure sull'utilizzo del metodo presuntivo in materia Cass. n. 237'89 del 2019). Usualmente si prova che nella fase concomitante e successiva al recesso, per un congruo periodo, non sono avvenute nuove assunzioni oppure sono state effettuate per mansioni richiedenti una professionalità non posseduta dal prestatore (v., ad ex., Cass. n. 22417 del 2009; ma pure: Cass. n. 9369 del 1996; Cass. n. 13134 del 2000; Cass. n. 3040 del 2010).

A questi oneri che tradizionalmente gravano sul datore di lavoro, in caso di applicazione del D.Lgs. n. 216 del 2003, art. 3, comma 3 bis, si aggiunge quello distinto relativo all'adempimento dell'obbligo di accomodamento ragionevole, pure esso inteso come condizione di legittimità del recesso.

Pertanto, a fronte del lavoratore che deduca e provi di trovarsi in una condizione di limitazione, risultante da menomazioni fisiche, mentali o psichiche durature secondo il diritto dell'Unione Europea, quale fonte dell'obbligo datoriale di ricercare soluzioni ragionevoli che potessero evitare il licenziamento causato dalla

disabilità, graverà sul datore di lavoro l'onere di provare di aver adempiuto all'obbligo di "accomodamento" ovvero che l'inadempimento sia dovuto a causa non imputabile.

In tale situazione di riparto non è certo sufficiente per il datore semplicemente allegare e provare che non fossero presenti in azienda posti disponibili in cui ricollocare il lavoratore, come si trattasse di un ordinario repechage, così creando una sovrapposizione con la dimostrazione, comunque richiesta, circa l'impossibilità di adibire il disabile a mansioni equivalenti o inferiori compatibili con il suo stato di salute.

Nè spetta al lavoratore, o tanto meno al giudice, individuare in giudizio quali potessero essere le possibili modifiche organizzative appropriate e ragionevoli idonee a salvaguardare il posto di lavoro, sovvertendo l'onere probatorio e richiedendo una collaborazione nella individuazione degli accomodamenti possibili non prevista neanche per il repechage ordinario in mansioni inferiori, oramai esteso dal recesso per sopravvenuta inidoneità fisica alle ipotesi di soppressione del posto di lavoro per riorganizzazione aziendale (ab imo, Cass. n. 21579 del 2008; conf. Cass. n. 23698 del 2015; Cass. n. 4509 del 2016; Cass. n. 29099 del 2019; Cass. n. 31520 del 2019).

Le stesse ragioni che hanno spinto questa Corte a rimeditare un risalente orientamento che chiedeva al lavoratore che impugnava il licenziamento l'allegazione dell'esistenza di altri posti nei quali egli potesse essere utilmente ricollocato, ragioni quali (cfr. Cass. n. 5592/2016 cit.) l'inappropriata divaricazione tra oneri di allegazione e prova, l'impossibilità di alterare surrettiziamente l'onere sancito dalla L. n. 604 del 1966, art. 5 il principio di riferibilità o vicinanza della prova di fatti attinenti ad una organizzazione aziendale rispetto alla quale il lavoratore è estraneo, militano nel senso che, anche nella specie, vadano applicati i principi generali che regolano il riparto degli oneri di allegazione e prova nell'adempimento delle obbligazioni così come stabiliti da Cass. SS. UU. n. 13533 del 2001.

Al fine di non sconfinare in forme di responsabilità oggettiva, per verificare l'adempimento o meno dell'obbligo legislativamente imposto dal D.Lgs. n. 216 del 2003, art. 3, comma 3 bis, occorre avere presente il contenuto del comportamento dovuto, così come definito nel paragrafo precedente, e che esso si caratterizza non tanto, in negativo, per il divieto di comportamenti che violano la parità di trattamento, quanto piuttosto per il suo profilo di azione, in positivo, volta alla ricerca di misure organizzative ragionevoli idonee a consentire lo svolgimento di un'attività lavorativa, altrimenti preclusa, a persona con disabilità.

In tale prospettiva, l'onere gravante sul datore di lavoro potrà essere assolto mediante la deduzione del compimento di atti o operazioni strumentali rispetto all'avveramento dell'accomodamento ragionevole, che assumano il rango di fatti secondari di tipo indiziario o presuntivo, i quali possano indurre nel giudicante il convincimento che il datore abbia compiuto uno sforzo diligente ed esigibile per trovare una soluzione organizzativa appropriata che scongiurasse il licenziamento, avuto riguardo a ogni circostanza rilevante nel caso concreto.

Ovviamente il datore di lavoro potrà anche dimostrare che eventuali soluzioni alternative, pur possibili, fossero prive di ragionevolezza, magari perché coinvolgenti altri interessi comparativamente preminenti, ovvero fossero sproporzionate o eccessive, a causa dei costi finanziari o di altro tipo ovvero per le dimensioni e le risorse dell'impresa.

Del resto questa Corte ha già avuto occasione di affermare, peraltro a proposito del D.Lgs. n. 81 del 2008, art. 42 il quale prevede, come già detto, che il lavoratore divenuto inabile alle mansioni specifiche possa essere assegnato anche a mansioni equivalenti o inferiori, che nell'inciso "ove possibile" si contempera "il conflitto tra diritto alla salute ed al lavoro e quello al libero esercizio dell'impresa, ponendo a carico del datore di lavoro l'obbligo di ricercare - anche in osservanza dei principi di buona fede e correttezza nell'esecuzione del rapporto - le soluzioni che, nell'ambito del piano organizzativo prescelto, risultino le più convenienti ed idonee ad assicurare il rispetto dei diritti del lavoratore e lo grava, inoltre, dell'onere processuale di dimostrare di avere fatto tutto il possibile, nelle condizioni date, per l'attuazione dei detti diritti" (in termini: Cass. n. 13511 del 2016)".

3. Così delineati i principi generali, entro i quali si iscrive l'invocata tutela antidiscriminatoria e che accomunano la presente controversia al precedente giudizio di impugnazione del licenziamento, occorre nello specifico considerare gli ulteriori accadimenti che rilevano rispetto all'odierno contenzioso.

In particolare S.P.A. documenta ed allega le seguenti circostanze rispetto all'iter seguito all'atto di reintegrare in servizio il :

- all'esito dell'ordine giudiziale di reintegra, la società sottoponeva il sig. [redacted] a visita dinanzi al medico competente dell'azienda, al fine di verificarne l'idoneità residua e consentire la sua reintegra in servizio;
- il medico competente dott. [redacted], con giudizio di idoneità datato 19.07.2022, dichiarava l'idoneità del sig. [redacted] allo svolgimento della mansione di "addetto alle pulizie con uso tassativo di mascherina FFP2 e di guanti, con il rigoroso rispetto del protocollo anti COVID 19" (doc. 34 del ricorso);
- al fine di vagliare pienamente e preliminarmente le possibilità di ricollocamento del [redacted], con propria comunicazione del 25.07.2022, S.P.A. chiedeva al medico competente di estendere l'esame di idoneità anche alle mansioni di addetto al parcheggio,

addetto alla manutenzione mezzi, e addetto ufficio movimento (doc. 35 avverso ricorso), fornendo, all'uopo, le indicazioni essenziali ai fini di un compiuto e pieno esame dell'idoneità del ricorrente allo svolgimento delle mansioni svolte dai propri dipendenti;

- il medico competente riscontrava la richiesta aziendale confermando il proprio giudizio di idoneità del sig _____ alla mansione di "addetto alle pulizie" (doc. n. 36 del ricorso);

- al fine di fugare ogni dubbio in ordine all'oggetto ed al merito delle valutazioni medico-cliniche svolte dal medico competente nell'ambito della formulazione dei certificati di idoneità alle mansioni del 19 e del 25.7.2022,

_____, a seguito della notifica dell'odierno ricorso, chiedeva al dott. _____ di produrre, un documento esplicativo, che veniva reso

con la relazione datata 9.1.2023, del seguente tenore: *"ho certificato l'idoneità del lavoratore _____, in forza alla ditta _____,*

alla mansione di Addetto alle pulizie, pur con l'obbligo di utilizzo di mascherina FFP2 e guanti protettivi e rispetto assoluto delle procedure anti COVID19, in quanto era ed è l'unica mansione, allora e adesso, a cui possa accedere in sicurezza. Non ho, al momento, alcuna novità sulla situazione

clinica del Sig. _____, pertanto mi trovo a rinnovare quanto indicato nella precedente comunicazione del 23.04.2021 e del 22.07.2022,

ovvero che il Lavoratore non può guidare automezzi per il trasporto pubblico per decisioni dell'organo di sorveglianza e Giudicante l'idoneità degli autisti per il trasporto pubblico. Non è indicata l'idoneità di parcheggiatore perché

lo esporrebbe al caldo e/od freddo eccessivo e dovrebbe inoltre movimentare le cassette contenenti monete, con cui sono state pagate le soste, molto pesanti. Non è indicata l'idoneità in officina per l'esposizione a sostanze

irritanti le vie respiratorie. Per quanto riguarda la funzione di agente di movimento – addetto alla sala operativa non mancano le occasioni di stress

psico-emotivo, soprattutto con il pubblico ed inoltre non mancano le

occasioni di stress psico-emotivo, soprattutto con il pubblico ed inoltre non mancano le

occasioni di stress psico-emotivo, soprattutto con il pubblico ed inoltre non mancano le

possibilità che venga impiegato per emergenze alla guida di automezzi”
(doc. 30 di parte resistente).

4. Anzitutto si ritiene che la mancata impugnazione da parte del [redacted] del giudizio espresso dal medico competente non osti all'odierna censura di tale giudizio. Merita anzitutto osservare che il giudizio del medico competente, previsto tra gli obblighi di sorveglianza sanitaria posti a carico del datore di lavoro, è un *il giudizio di idoneità alla mansione specifica*, come previsto dall'art. 4, comma secondo, dlgsvo n. 81/2008. Il sesto comma della stessa norma prevede che *“il medico competente, sulla base delle risultanze delle visite mediche di cui al comma 2, esprime uno dei seguenti giudizi relativi alla mansione specifica: a) idoneità; b) idoneità parziale, temporanea o permanente, con prescrizioni o limitazioni; c) inidoneità temporanea; d) inidoneità permanente”*.

Il comma 9 del citato art. 41 prevede che *“avverso i giudizi del medico competente, ivi compresi quelli formulati in fase preassuntiva, è ammesso ricorso, entro trenta giorni dalla data di comunicazione del giudizio medesimo, all'organo di vigilanza territorialmente competente che dispone, dopo eventuali ulteriori accertamenti, la conferma, la modifica o la revoca del giudizio stesso”*.

Il fatto che nel caso di specie il lavoratore non abbia promosso il predetto ricorso, non può ostare alla proposizione dell'odierna azione giudiziaria.

Vero è che la società convenuta assume di essersi conformata al giudizio del medico competente, ma ciò non è sufficiente al datore di lavoro per fornire la prova di avere assolto all'onere dei ragionevoli accomodamenti.

Il medico competente si è infatti limitato inizialmente a valutare l'idoneità alla mansione di addetto alle pulizie.

Non è dato sapere se tale mansione fosse stata indicata dal datore di lavoro come quella cui il [redacted] sarebbe stato adibito dopo l'ordine di reintegra. Ove così non fosse, pare quantomeno singolare che il giudizio medico si sia indirizzato solo ed esclusivamente a valutare tale mansione. Il dubbio che il giudizio non fosse esaustivo è del resto insorto alla stessa società, che ammette di avere chiesto al medico, con

comunicazione del 25.7.2022, “*al fine di vagliare pienamente e preliminarmente le possibilità di ricollocamento del _____, (...) di estendere l’esame di idoneità anche alle mansioni di addetto al parcheggio, addetto alla manutenzione mezzi e addetto ufficio movimento, fornendo, all’uopo, le indicazioni essenziali ai fini di un compiuto e pieno esame dell’idoneità del ricorrente allo svolgimento delle mansioni svolte dai propri dipendenti*”

Emerge in definitiva come la successiva conferma da parte del medico dell’idoneità del _____ alle sole mansioni di addetto alle pulizie sia strettamente consequenziale alla descrizione che lo stesso datore di lavoro gli ha fornito -con la citata comunicazione del 25.7.2022- in ordine al contenuto delle potenziali mansioni alternative.

Occorre allora considerare come tale descrizione sia stata fatta in maniera del tutto sommaria, fornendo le seguenti schematiche indicazioni: “*Addetti al parcheggio (movimentazione manuale dei carichi, interazioni con utenti per disservizi e verbali, compiti di Ausiliari del traffico, gestione degli impianti); Addetti alla manutenzione dei mezzi; Addetti pulizia; Ufficio movimento (interazione con pubblico e conducenti) attualmente gli “operatori di esercizio” addetti alla sala operativa sono tutti in possesso di patente D per movimentazione e guida degli autobus*”.

Ma soprattutto occorre considerare che il vaglio dei “ragionevoli accomodamenti” va fatto proprio rispetto alla prospettazione, da parte di _____, delle mansioni cui il _____ potrebbe essere assegnato.

5. Come premesso, l’obbligo dei datori di lavoro pubblici e privati di adottare accomodamenti ragionevoli per garantire parità di trattamento alle persone con disabilità implica che essi adottino adeguamenti, *lato sensu*, organizzativi entro il limite di un onere finanziario proporzionato e non eccessivo. Il carattere o meno sproporzionato dell’onere finanziario del ragionevole accomodamento andrà valutato in rapporto alle dimensioni ed alle risorse finanziarie dell’impresa, mentre la ragionevolezza implicherà che la modifica organizzativa non pregiudichi significativamente l’interesse di altri lavoratori eventualmente coinvolti, il tutto in

un'ottica di rispetto dei principi di buona fede e correttezza nei rapporti contrattuali e di un adeguato bilanciamento dell'interesse del disabile al mantenimento di un lavoro confacente con il suo stato fisico e psichico, in una situazione di oggettiva ed incolpevole difficoltà e dell'interesse del datore di lavoro a garantirsi comunque una prestazione lavorativa utile per l'impresa. Sussiste insomma un obbligo del datore di lavoro di assegnare il lavoratore, in condizioni di handicap, a mansioni diverse, equivalenti o, se ciò è impossibile, a mansioni inferiori, purché tale diversa attività sia utilizzabile nell'impresa, secondo l'assetto organizzativo insindacabilmente stabilito dall'imprenditore, anche in presenza di un costo, purché sia sostenibile e ragionevole, avuto riguardo, anche all'interesse di altri lavoratori eventualmente coinvolti.

Non è quindi sufficiente, per il datore di lavoro, allegare le difficoltà che possono sorgere nell'operare nel senso richiesto, ma occorre dimostrare che le difficoltà lamentate siano tali da determinare costi insostenibili o irragionevoli, o una destabilizzazione dell'assetto organizzativo dell'azienda, o che si tratti di andare ad incidere sull'interesse degli altri lavoratori (Cass. n. 27243/2018).

5.1. Alla luce di tali principi si ritiene che la società non abbia dato prova di avere compiuto uno sforzo adeguato, nel senso di proporre al lavoratore una mansione alternativa, adatta alla sua professionalità e diversa dalla mansione di autista, cui è diventato inidoneo.

Non è revocabile in dubbio che le mansioni di addetto alle pulizie siano del tutto estranee alla professionalità del lavoratore, che ha sempre svolto le mansioni di autista e che ha anche superato la selezione interna per la posizione di addetto alla sala operativa.

Rispetto alla richiesta del ricorrente di essere adibito a mansioni di addetto alla sala operativa, la società convenuta ha replicato che gli agenti di movimento assegnati alla centrale operativa, nell'ambito di un processo di riorganizzazione dell'attività aziendale, dal 2017 sono stati coinvolti direttamente nell'espletamento dei turni di guida e per tale ragione l'attività di guida è stata integrata all'interno del loro

mansionario, perciò dirimente sarebbe l'inidoneità del [redatto] alle mansioni di autista.

Analoga posizione dell'azienda si è espressa nelle indicazioni fornite al medico competente rispetto a tale posizione lavorativa, che gli è stata descritta dalla società come "Ufficio movimento (interazione con pubblico e conducenti) attualmente gli "operatori di esercizio" addetti alla sala operativa sono tutti in possesso di patente D per movimentazione e guida degli autobus", così necessariamente condizionando il suo giudizio.

La difesa di parte resistente, per suffragare l'asserita impossibilità di adibire il [redatto] alla sala operativa, ha rilevato che essa "raramente vede impiegate più unità contemporaneamente, solo nelle fasce orarie di punta allorchè entrambi gli addetti possono essere chiamati a fare le corse". Ha altresì allegato che "il mansionario in atti, inoltre, prevede che gli agenti di movimento effettuino il parcheggio serale delle vetture prima di chiudere la sede. A tutte le summenzionate attività, per le quali risulta necessaria l'idoneità alla guida, bisogna aggiungere la vigilanza sul rispetto delle disposizioni aziendali da parte del personale viaggiante, la verifica dei percorsi e dei tempi di percorrenza delle vetture in circolazione, la redazione tempestiva di report, l'attività di centralino con l'utenza per le segnalazioni di doglianze e di irregolarità del servizio. I turni di lavoro presso la sala operativa espongono il lavoratore a costanti sollecitazioni ed un elevato stress psico-fisico, del tutto incompatibile con le gravi patologie cardiovascolari sofferte dal [redatto]".

Il mero riferimento ai turni attualmente vigenti, tuttavia, non esclude che -proprio sulla base di una differente turnistica- il [redatto] possa essere addetto in via esclusiva alla sala operativa ed esentato da attività di guida. Né la parte resistente ha compiutamente argomentato sull'impossibilità di organizzare turni diversi o, in alternativa, sull'eccessiva onerosità finanziaria di tale soluzione.

Quanto alle altre ragioni, per cui -a detta della resistente- i turni di lavoro presso la sala operativa esporrebbero il lavoratore a "costanti sollecitazioni ed un elevato stress psico-fisico", si tratta (testualmente) di attività implicanti "la vigilanza sul rispetto delle

disposizioni aziendali da parte del personale viaggiante, la verifica dei percorsi e dei tempi di percorrenza delle vetture in circolazione, la redazione tempestiva di report, l'attività di centralino con l'utenza per le segnalazioni di doglianze e di irregolarità del servizio", rispetto alle quali non si può ritenere espresso dal medico competente un vero e proprio giudizio di inidoneità.

Infatti, rispetto mansione di addetto alla sala operativa, il medico competente, ribadita l'inidoneità del lavoratore alla guida, si è limitato a scrivere nella relazione esplicativa quanto segue: *“Per quanto riguarda la funzione di agente di movimento – addetto alla sala operativa non mancano le occasioni di stress psico-emotivo, soprattutto con il pubblico ed inoltre non mancano le possibilità che venga impiegato per emergenze alla guida “di automezzi”, il che pare, non tanto un giudizio di inidoneità alla mansione, ma piuttosto un mero rilievo sull’opportunità che il lavoratore non si trovi coinvolto in accadimenti particolari.*

Peraltro le situazioni di particolare stress psicofisico, determinato dalle interazioni con il pubblico, che la parte resistente si è limitata ad allegare in maniera generica, senza alcuna contestualizzazione (“attività di costante interazione con il pubblico e con il personale aziendale, tali da generare uno stato di costante e prolungata e continua sollecitazione e, più in generale, esporre i lavoratori a stress lavoro-correlato, carichi di lavoro e – nelle ipotesi peggiori – rischi di aggressione”; punto 68 della narrativa), non si prestano né ad essere provate in via testimoniale, né a denotare l'effettiva rischiosità della mansione.

In definitiva, l'aver adibito il lavoratore a mansioni di pulizia rappresenta una condotta discriminatoria di _____, che non ha dimostrato di avere adottato ragionevoli accomodamenti per adibire il lavoratore a mansioni confacenti alla sua professionalità. L'accoglimento del ricorso peraltro non può andare oltre all'accertamento della condotta discriminatoria ed all'ordine di sua cessazione, al quale il datore di lavoro è tenuto a dare esecuzione con condotte volte ad adottare i ragionevoli accomodamenti previsti dalla legge, per adibire il lavoratore a mansioni che siano idonee al suo stato di disabilità, anche in rapporto alla sua professionalità.

6. Va invece rigettata la domanda di risarcimento del danno, non avendo la parte ricorrente allegato alcunchè in ordine alla sua esistenza e consistenza. Vale infatti il principio per cui, in tema di risarcimento del danno non patrimoniale derivante da demansionamento e dequalificazione, il riconoscimento del diritto del lavoratore al risarcimento del danno professionale, biologico o esistenziale, non ricorre automaticamente in tutti i casi di inadempimento datoriale e non può prescindere da una specifica allegazione, nel ricorso introduttivo del giudizio, dell'esistenza di un pregiudizio (di natura non meramente emotiva ed interiore, ma oggettivamente accertabile) provocato sul fare reddituale del soggetto, che alteri le sue abitudini e gli assetti relazionali propri, inducendolo a scelte di vita diverse quanto all'espressione e realizzazione della sua personalità nel mondo esterno. Tale pregiudizio non si pone quale conseguenza automatica di ogni comportamento illegittimo rientrante nella suindicata categoria, cosicché non è sufficiente dimostrare la mera potenzialità lesiva della condotta datoriale, incombendo sul lavoratore non solo di allegare il demansionamento ma anche di fornire la prova ex art. 2697 c.c. del danno non patrimoniale e del nesso di causalità con l'inadempimento datoriale (Cass. nn. 29047/2017, 19785/2010).

Tenuto conto del rigetto della domanda risarcitoria, si ritiene sussistano le ragioni per la compensazione delle spese di lite nella misura di un terzo, mentre i restanti due terzi sono liquidati in favore del ricorrente, come da dispositivo, tenuto conto della natura del procedimento e dell'attività difensiva svolta.

P.Q.M.

Il Tribunale,

ordina

S.P.A. di cessare la condotta discriminatoria, adottando i ragionevoli accomodamenti previsti dalla legge, volti ad adibire il lavoratore a mansioni che siano idonee al suo stato di disabilità ed alla sua professionalità;

rigetta

la domanda di risarcimento del danno non patrimoniale;

condanna

S.P.A. a rifondere a [redacted] i due terzi delle spese del giudizio, che liquida in detta quota in € 2.000,00 per compensi professionali, oltre rimborso delle spese forfettarie pari al 15% dei compensi professionali, iva e cpa, come per legge, con compensazione tra le parti della restante quota di un terzo.

⇒ Si comunichi.

Lecco, 9 febbraio 2023.

Il Giudice
Federica Trovò



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
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE LAVORO

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

| | |
|----------------------------------|------------------|
| DOTT. LUCIA TRIA | Presidente |
| DOTT. ROBERTO RIVERSO | Consigliere |
| DOTT. FRANCESCO PAOLO PANARIELLO | Consigliere |
| DOTT. FABRIZIO AMENDOLA | Consigliere-Rel. |
| DOTT. GUALTIERO MICHELINI | Consigliere |

Oggetto:

| |
|--|
| ESONERO DAL LAVORO NOTTURNO FAMILIARE DEL DISABILE |
|--|

RG N. 3366/2019
Ud.21/03/2023 CC

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

sul ricorso iscritto al n. 3366/2019 R.G. proposto da:

TRENITALIA S.P.A. - Società con socio unico soggetta all'attività di direzione e coordinamento di Ferrovie dello Stato Italiane S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliato in ROMA, V.LE MAZZINI, n.134, presso lo studio dell'avvocato LUIGI FIORILLO, rappresentato e difeso dall'avvocato PAOLO TOSI;

-ricorrente-

contro

BARRILE DAVIDE, domiciliato presso l'indirizzo pec dell'Avvocato LORENZO FRANCESCHINIS, che lo rappresenta e difende;

-controricorrente-

avverso la SENTENZA della CORTE D'APPELLO di MILANO n. 1223/2018, depositata il 08/08/2018, R.G.N. 285/2017;

udita la relazione svolta nella camera di consiglio del 21/03/2023 dal Consigliere Dott. FABRIZIO AMENDOLA.

Copia comunicata ai soli fini dell'art 133 C.P.C.



RILEVATO CHE

- 1.** la Corte di Appello di Milano, con la sentenza impugnata, ha confermato la pronuncia di primo grado con la quale era stato accertato il diritto di Davide Barrile, nei confronti della datrice di lavoro Trenitalia Spa, a non prestare lavoro notturno "sino a quando [...] avrà a suo carico la madre disabile ai sensi delle Legge n. 104 del 1992";
- 2.** la Corte, in sintesi, ha condiviso l'interpretazione fornita dal giudice di primo grado dell'art. 53, comma 3, del D.Lgs. 26.3.2001 n.151 e dall'art.11, comma 2, lett. c), del D.Lgs. 8.4.2003 n.66, nel senso che gli stessi non richiedono, ai fini della possibilità di esonero dai turni notturni, la dichiarazione di gravità dello stato di handicap del familiare a carico del lavoratore;
- 3.** per la cassazione della sentenza ha proposto ricorso la soccombente società con due motivi; ha resistito con controricorso l'intimato; entrambe le parti hanno comunicato memorie;

CONSIDERATO CHE

1. il primo motivo di ricorso denuncia: "violazione e/o falsa applicazione degli art.53 L. 151/2001 e 11 D.Lgs. 66/2003 anche in relazione all'art.3 e 33 L. 104/1992 (Art.360 n.3 c.p.c.)"; si sostiene che sia corretta l'interpretazione secondo cui, "pur nella (apparente) mancata specificazione dell'art. 53 L. n. 151/2001, [...] l'accertamento dello stato di gravità dell'handicap è necessario per il riconoscimento (altresì) dell'esenzione dal lavoro notturno", adducendo che "solo in caso di accertato stato di gravità dell'handicap può ritenersi provata e necessaria un'assistenza sistematica ed adeguata, effettiva appunto, alla persona del disabile tale da giustificare la compressione di contrapposti obblighi lavorativi";

col secondo motivo si lamenta: "Omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti (Art.360 n.5 c.p.c.)"; si sostiene che la sentenza impugnata avrebbe omesso di considerare che il Barrile non avrebbe mai offerto la prova dell'assistenza (sistematica e adeguata) effettivamente garantita alla persona bisognosa



perché "a carico", tale da determinare una maggiore difficoltà nella vita lavorativa, non essendo sufficiente la "sola circostanza della convivenza

di per sé sterile a tal fine, se non commisurata al grado di impegno (assistenza) che la condizione (gravità) di handicap può comportare";

2. il Collegio giudica il primo motivo di ricorso infondato;

2.1. nell'ambito delle limitazioni al lavoro notturno previste per particolari esigenze familiari e assistenziali, l'art. 11, comma 2, lett. c), del D.Lgs. 8.4.2003, n. 66, prevede che non sono obbligati a prestare lavoro notturno: "la lavoratrice o il lavoratore che abbia a proprio carico un soggetto disabile ai sensi della legge 5 febbraio 1992 n. 104, e successive modificazioni" (la medesima disposizione è presente nell'art. 53, comma 3, del D.Lgs. 26.3.2001 n. 151, in quanto già contenuta nell'art. 5, comma 2, lettera c), della legge n. 903 del 1977);

si tratta di un esonero dall'obbligo di prestare lavoro notturno (cfr. Cass. n. 10203 del 2020) rimesso alla volontà del lavoratore che si trovi nelle condizioni elencate dalla legge, il quale può far valere il suo dissenso espresso in forma scritta e comunicato al datore di lavoro entro 24 ore anteriori al previsto inizio della prestazione, con precetto assistito anche da sanzione penale (cfr. art. 18 bis, comma 1, D.Lgs. n. 66 del 2003);

secondo l'art. 3 della L. 104/92: "1. È 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 tale da determinare un processo di svantaggio sociale o di emarginazione. 2. La persona handicappata ha diritto alle prestazioni stabilite in suo favore in relazione alla natura e alla consistenza della minorazione, alla capacità complessiva individuale residua e alla efficacia delle terapie riabilitative. 3. Qualora la minorazione, singola o plurima, abbia ridotto l'autonomia personale, correlata all'età, in modo da rendere necessario un intervento assistenziale permanente, continuativo e globale nella sfera individuale o in quella di relazione, la situazione assume connotazione di gravità. Le situazioni riconosciute di gravità determinano priorità nei programmi e negli interventi dei servizi pubblici.";

2.2. dal disposto testuale della prima disposizione richiamata emerge che, per fruire dell'esonero dall'obbligo di prestare lavoro notturno,



occorre che si sia in presenza di "un soggetto disabile ai sensi della legge 5 febbraio 1992 n. 104, e successive modificazioni";

dalla seconda disposizione, poi, si evince chiaramente che, ai sensi della legge n. 104 del 1992, è in condizione di disabilità già chi presenta le menomazioni descritte dal comma 1 dell'art. 3 di detta legge, risultando "la connotazione di gravità" di cui al comma 3 un carattere ulteriore ed aggiuntivo;

2.3. essendo sufficiente, sulla base del solo dato testuale, la condizione di disabilità al fine di fruire del beneficio in parola, la necessità che, invece, il disabile sia stato riconosciuto come in situazione di gravità non può trarre decisivo argomento dalla circostanza che la disposizione preveda che il disabile sia "a carico" del lavoratore o della lavoratrice;

l'essere "a carico" nulla di dirimente lascia inferire sul grado di invalidità di cui debba essere affetto la persona con handicap, più o meno grave, ma indica una relazione di assistenza che deve evidentemente sussistere tra lavoratore e disabile; infatti, non può certo negarsi che si possa avere cura e fare carico di una persona che presenti una minorazione che è causa di difficoltà di apprendimento, di relazione o di integrazione lavorativa e tale da determinare un processo di svantaggio sociale o di emarginazione, anche quando la stessa non renda necessario un intervento assistenziale permanente, continuativo e globale nella sfera individuale o in quella di relazione;

2.4. a conferma dell'esegesi qui condivisa soccorre il tradizionale canone ermeneutico secondo cui: "*Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*" (Cass. n. 1867 del 1982; Cass. n. n. 1248 del 1984; Cass. n. 5085 del 1991; Cass. n. 20898 del 2007);

infatti, laddove il legislatore ha inteso subordinare la concessione di un beneficio alla circostanza che sussistesse una situazione di handicap con connotato di gravità, lo ha esplicitamente richiesto, come nel caso dei permessi giornalieri e mensili ovvero dei limiti al trasferimento (cfr. art. 33 l. n. 104 del 1992);

2.5. peraltro la giurisprudenza di questa Corte, secondo una interpretazione costituzionalmente orientata alla tutela del disabile - alla luce dell'art. 3, secondo comma, Cost., dell'art. 26 della Carta di Nizza e della Convenzione delle Nazioni Unite del 13 dicembre 2006 sui diritti dei



disabili, ratificata con legge n. 18 del 2009 - ha ritenuto che il trasferimento senza consenso del lavoratore che assiste con continuità un familiare disabile convivente, ex art. 33, comma 5, l. n. 104/1992, è vietato anche quando la disabilità del familiare non si configuri come grave - anche se la situazione di gravità è testualmente richiesta con il rinvio al comma 3 del medesimo articolo - a meno che il datore di lavoro, a fronte della natura e del grado di infermità psico-fisica del familiare, provi la sussistenza di esigenze aziendali effettive ed urgenti, insuscettibili di essere altrimenti soddisfatte (Cass. n. 9201 del 2012; Cass. n. 25379 del 2016; Cass. n. 29009 del 2020); in un caso si è ritenuto del tutto influente, ai fini della valutazione dell'illegittimità del suo trasferimento, che la lavoratrice non godesse dei benefici di cui all'art. 3 della legge n. 104 del 1992, considerando, in fatto, che non risultava contestato che la stessa assistesse la madre, presente nel certificato dello stato di famiglia, invalida al 100% (cfr. Cass. n. 22421 del 2015);

l'insieme di tali orientamenti di legittimità è espressamente ispirato alla giurisprudenza della Corte costituzionale, la quale ha evidenziato come la legge n. 104 del 1992 abbia preso in particolare considerazione l'esigenza di favorire la socializzazione del soggetto disabile, predisponendo strumenti rivolti ad agevolare il suo pieno inserimento nella famiglia, nella scuola e nel lavoro, in attuazione del principio, secondo il quale la socializzazione in tutte le sue modalità esplicative è un fondamentale fattore di sviluppo della personalità ed un idoneo strumento di tutela della salute del portatore di handicap, intesa nella sua accezione più ampia di salute psico-fisica (cfr. Corte cost. n. 215 del 1987; Corte cost. n. 350 del 2003; ma anche Corte cost. n. 167 del 1999, n. 226 del 2001 e n. 467 del 2002); è stato altresì sottolineato che una tutela piena dei soggetti deboli richiede, oltre alle necessarie prestazioni sanitarie e di riabilitazione, anche la cura, l'inserimento sociale e, soprattutto, la continuità delle relazioni costitutive della personalità umana (Corte cost. n. 203 del 2013);

questa Corte ha di recente preso atto che i propri precedenti "orientano per una valorizzazione dell'esigenza di tutela del disabile al di là di ogni condizionamento derivante dal mancato accertamento di uno status o da



preclusioni collegate all'inesistenza di un provvedimento formale che confermi la ricorrenza della situazione di fatto che conferisce fondamento al diritto del familiare che presta assistenza al disabile" (in termini: Cass. n. 29009 del 2020);

2.6. nel descritto contesto di diritto vivente una interpretazione che, pur nel silenzio della norma e in difetto di inequivoche indicazioni sistematiche, introduca surrettiziamente un requisito aggiuntivo, quale la gravità della situazione di handicap, si tradurrebbe in una indebita interpolazione ermeneutica del testo, tanto più ingiustificata in un ambito, quale quello dei diritti dei disabili, insuscettibile di limitazioni di tutela al di fuori di una chiara presa di posizione del legislatore;

2.7. naturalmente neanche soccorre la tesi qui non accolta di una prassi amministrativa che, oltre ad essere di certo priva di portata normativa, si fonda su circolari assertive prive di adeguato supporto argomentativo;

2.8. alla stregua di tutte le argomentazioni esposte la censura non può trovare accoglimento;

3. il secondo motivo è inammissibile perché in parte ripropone, sotto altra veste, l'assunto, qui disatteso, secondo cui sarebbe necessaria un'assistenza qualificata dalla gravità dell'handicap ed in parte invoca il vizio di cui al n. 5 dell'art. 360 c.p.c. in una ipotesi preclusa dall'esistenza di una cd. "doppia conforme" ex art. 348 ter, ultimo comma, c.p.c., e, comunque, per essere formulato al di fuori dei limiti posti dalle Sezioni unite di questa Corte con le sentenze nn. 8053 e 8054 del 2014;

4. conclusivamente il ricorso deve essere respinto, con spese che seguono la soccombenza liquidate come da dispositivo, con distrazione al procuratore Avv. Franceschinis dichiaratosi antistatario;

ai sensi dell'art. 13, comma 1-quater, del d.P.R. n. 115 del 2002, nel testo introdotto dall'art. 1, comma 17, della legge n. 228 del 2012, occorre dare atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte della ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato, pari a quello, ove dovuto, per il ricorso, a norma del comma 1-bis dello stesso art. 13 (cfr. Cass. SS.UU. n. 4315 del 2020);

P.Q.M.



La Corte rigetta il ricorso e condanna la parte ricorrente al pagamento delle spese liquidate in euro 5.000,00, oltre euro 200,00 per spese, accessori secondo legge e rimborso spese generali al 15%, con distrazione.

Ai sensi dell'art. 13, comma 1-quater, del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, nel testo introdotto dall'art. 1, comma 17, della legge 24 dicembre 2012, n. 228, 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, ove dovuto, per il ricorso, a norma del comma 1-bis dello stesso art. 13.

Così deciso in Roma nell'adunanza camerale del 21 marzo 2023.

Il Presidente

Dott.ssa Lucia Tria



Cass. civ. Sez. lavoro, Sent., (ud. 07/02/2019) 21-05-2019, n. 13649

LAVORO SUBORDINATO (RAPPORTO DI)

Licenziamento

Fatto Diritto P.Q.M.

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

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. NOBILE Vittorio - Presidente -
Dott. NEGRI DELLA TORRE Paolo - Consigliere -
Dott. DE GREGORIO Federico - Consigliere -
Dott. GARRI Fabrizia - Consigliere -
Dott. PONTERIO Carla - rel. Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso 1693/2018 proposto da:

BILOTTA TRASPORTI S.R.L., (GIA' BILOTTA TRASPORTI S.A.S.), in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIALE REGINA MARGHERITA 157, presso lo studio dell'avvocato GIULIO MURANO, che la rappresenta e difende;
- ricorrente -

contro

P.A., domiciliato in ROMA PIAZZA CAVOUR presso LA CANCELLERIA DELLA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE, rappresentato e difeso dall'avvocato ROSETTA PROFITI;
- controricorrente -

avverso la sentenza n. 1201/2017 della CORTE D'APPELLO di CATANZARO, depositata il 23/06/2017 R.G.N. 734/2016;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 07/02/2019 dal Consigliere Dott. CARLA PONTERIO;

udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. SANLORENZO Rita, che ha concluso per il rigetto del ricorso;

udito l'Avvocato GIULIO MURANO;

udito l'Avvocato FRANCESCA COLELLI per delega verbale Avvocato ROSETTA PROFITI.

Svolgimento del processo

1. La Corte d'appello di Catanzaro,, con sentenza n. 1201 pubblicata il 23.6.2017, ha respinto l'appello della Bilotta Trasporti s.a.s., confermando la decisione di primo grado che, in accoglimento della domanda proposta da P.A., aveva dichiarato illegittimo il licenziamento intimato al predetto con lettera del 6.3.08 e condannato la società datoriale alla reintegra e al risarcimento del danno.

2. La Corte territoriale ha premesso, in fatto, come il P., rientrato al lavoro nell'ottobre 2005 dopo un grave infortunio sul lavoro occorso nel 2004, fosse stato giudicato dal medico competente inidoneo "allo stato attuale" alle mansioni di autista e adibito ai compiti di aiuto meccanico presso l'officina aziendale; che nel dicembre 2007 era stato dichiarato permanentemente inidoneo alle mansioni di autista; che la società gli aveva offerto il ruolo di addetto alle pulizie con riduzione dell'orario di lavoro e, di fronte al rifiuto dello stesso, aveva intimato il licenziamento per sopravvenuta permanente inidoneità fisica alle mansioni di autista e per il rifiuto di impiego in attività compatibili con le residue capacità lavorative.

3. La Corte di merito ha escluso che dalla certificazione del medico competente del 25.10.05 potesse desumersi il carattere provvisorio della inidoneità alle mansioni di autista che, se pure accertata "allo stato attuale", tuttavia non appariva come avente carattere transitorio e destinata alla risoluzione in tempi certi; la medesima inidoneità alle mansioni era stata attestata nel successivo certificato del 21.12.07.

4. Secondo la sentenza impugnata, la scelta della datrice di lavoro, di fronte alla accertata inidoneità del P. alle mansioni di autista, di creare una apposita postazione lavorativa di ausilio al personale dell'officina aziendale, costituiva adempimento dell'obbligo posto a carico della società dalla L. n. 68 del 1999, art. 1, comma 7 (confermato dal D.Lgs. n. 81 del 2008, art. 42); con la conseguenza che dovesse ritenersi illegittimo il licenziamento intimato sulla base di un presupposto (la definitiva inidoneità alle mansioni di autista) non più attuale, avendo la società assegnato il predetto fin dall'ottobre 2005 a mansioni diverse, compatibili con la residua capacità lavorativa.

5. La Corte di merito ha escluso che potessero aver rilievo le prestazioni previdenziali per i postumi da infortunio ai fini dell'aliunde perceptum; ha ritenuto infondata l'eccezione di aliunde perceptum, peraltro sollevata dalla società per la prima volta in appello, avendo il lavoratore documentato la tempestiva iscrizione nelle liste di disoccupazione.

6. Per la cassazione della sentenza ha proposto ricorso la Bilotta Trasporti s.r.l. (già Bilotta Trasporti s.a.s.), affidato a due motivi, cui ha resistito con controricorso il sig. P.

7. La Bilotta Trasporti s.r.l. ha depositato memoria, ai sensi dell'art. 378 c.p.c..

Motivi della decisione

1. Col primo motivo di ricorso la Bilotta Trasporti s.r.l. ha censurato la sentenza, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, per violazione e falsa applicazione della L. n. 68 del 1999, art. 1, comma 7 e art. 4.
2. Ha sostenuto l'erronea sussunzione della fattispecie oggetto di causa nelle citate disposizioni di cui alla L. n. 68 del 1999, sul rilievo che il sig. P. non fosse mai stato giudicato invalido o disabile e che nei confronti del predetto era stata solo accertata dal medico competente, ai sensi del D.Lgs. n. 626 del 1994, art. 16, l'inidoneità alla mansione per cui era stato assunto.
3. Col secondo motivo la società ricorrente ha dedotto, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, violazione e falsa applicazione del D.Lgs. n. 81 del 2008, art. 42 e dell'art. 11 preleggi.
4. Ha sostenuto come la Corte di merito avesse fatto applicazione del citato art. 42, in relazione ad una fattispecie di licenziamento (del 7.3.08) verificatasi in epoca anteriore all'entrata in vigore del D.Lgs. n. 81 (15.5.08).
5. Ha aggiunto come erroneamente la Corte di merito avesse qualificato l'art. 42 cit., come norma meramente confermativa del D.Lgs. n. 68 del 1999, art. 4, comma 4.
6. Entrambi i motivi di ricorso sono infondati, rendendosi necessarie alcune integrazioni della motivazione in diritto, ai sensi dell'art. 384 c.p.c., u.c..
7. Occorre premettere come l'ordinamento italiano non contenga una nozione unitaria di disabilità, bensì definizioni aventi valenza medico-sanitaria, dettate da differenti testi normativi; la L. n. 222 del 1984, disciplina l'invalidità legata alla riduzione permanente parziale della capacità lavorativa specifica (oltre che l'impossibilità assoluta e permanente di svolgere qualsiasi attività lavorativa); la L. n. 18 del 1980 e L. n. 118 del 1971, regolamentano le provvidenze legate a inabilità o invalidità civile, quale perdita della capacità lavorativa generica; la L. n. 104 del 1992, detta disposizioni in materia di handicap, definito come "minorazione fisica, psichica o sensoriale stabilizzata o progressiva, che è causa di difficoltà di apprendimento, di relazione o di integrazione lavorativa e tale da determinare un processo di svantaggio sociale o di emarginazione"; la L. n. 68 del 1999, si occupa del diritto al lavoro dei disabili quali "persone in età lavorativa affette da minorazioni fisiche,, psichiche o sensoriali e i portatori di handicap intellettuale, che comportino una riduzione della capacità lavorativa superiore al 45 per cento".
8. L'unificazione della nozione di disabilità, in un significato essenzialmente sociale, deve attribuirsi alla legislazione sovranazionale ed esattamente alla Direttiva 78/2000/CE del 27 novembre 2000 sulla parità di trattamento in materia di occupazione, di cui questa Corte si è occupata, tra l'altro, a proposito di licenziamento intimato per sopravvenuta inidoneità fisica alle mansioni (Cass. n. 6798 del 2018), fattispecie attratta nel campo di applicazione della direttiva citata per l'attinenza della controversia alle condizioni di lavoro, "comprese le condizioni di licenziamento" (art. 3 della direttiva) oltre che per il fattore soggettivo dell'"handicap", protetto dall'art. 1 della direttiva.
9. Nella sentenza di legittimità appena citata è ricostruito il percorso di definizione della condizione di handicap attraverso le pronunce della Corte di Giustizia (sentenze 11 aprile 2013, HK Danmark, C-335/11 e C-337/11, punti 38- 42; 18 marzo 2014, Z., C-363/12, punto 76; 18 dicembre 2014, FOA, C354/13, punto 53; 1 dicembre 2016, Mo. Da. C-395/15, punti 41-42), specie successive alla ratifica da parte della Unione Europea (con decisione 2010/48) della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità (UNCRPD) del 2006; se è vero che la nozione di handicap non è definita nella stessa direttiva 2000/78, la Corte di Giustizia ha pacificamente inteso tale nozione, alla luce della Convenzione dell'ONU, come relativa ad una "limitazione risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche durature che, in interazione con barriere di diversa natura, possono ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori", (cfr. anche Cass. n. 17867 del 2016; n. 27243 del 2018).
10. Ai fini della controversia in esame, occorre richiamare l'art. 5 della direttiva secondo cui: "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...".
11. Secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia (sentenza HK Danmark cit., punti 49-59; sentenza 4 luglio 2013, C-312/2011, Commissione Europea/Repubblica Italiana), l'art. 5 della direttiva 2000/78, letto in combinato disposto con i considerando 20 e 21, impone agli Stati membri di stabilire nella loro legislazione un obbligo per i datori di lavoro di adottare provvedimenti appropriati, cioè provvedimenti efficaci e pratici, ad esempio sistemando i locali, adattando le attrezzature, i ritmi di lavoro o la ripartizione dei compiti in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, per consentire ai disabili di accedere ad un lavoro, di svolgerlo, di avere una promozione o di ricevere una formazione, senza imporre al datore di lavoro un onere sproporzionato. Tali provvedimenti, come ha giudicato la Corte al punto 64 della citata sentenza HK Danmark, possono anche consistere in una riduzione dell'orario di lavoro.
12. Come accertato con sentenza delle Corte di Giustizia del 4 luglio 2013, nella C-312/11 Commissione/ Repubblica Italiana, "La Repubblica italiana, non avendo imposto a tutti i datori di lavoro di prevedere, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, soluzioni ragionevoli applicabili a tutti i disabili, è venuta meno al suo obbligo di recepire correttamente e completamente l'art. 5 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".
13. Il legislatore italiano ha posto rimedio all'inadempimento con la L. n. 99 del 2013 (art. 9, comma 4-ter) che ha aggiunto al D.Lgs. n. 216 del 2003, art. 3, il comma 3 bis, del seguente tenore: "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 L. 3 marzo 2009, n. 18, nei luoghi di lavoro, per garantire alle persone con disabilità la piena eguaglianza con gli altri lavoratori. I datori di lavoro pubblici devono provvedere all'attuazione del presente comma senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica e con le risorse umane, finanziarie e strumentali disponibili a legislazione vigente".

14. Sulla base di tali premesse, la sentenza di questa Corte n. 6798 del 2018 ha statuito che "In tema di licenziamento per inidoneità fisica sopravvenuta del lavoratore, derivante da una condizione di "handicap", sussiste l'obbligo della previa verifica, a carico del datore di lavoro, della possibilità di adattamenti organizzativi ragionevoli nei luoghi di lavoro ai fini della legittimità del recesso, che discende, pur con riferimento a fattispecie sottratte "ratione temporis" alla applicazione del D.Lgs. n. 216 del 2003, art. 3, comma 3 bis, di recepimento dell'art. 5 della Dir. 2000/78/CE, dall'interpretazione del diritto nazionale in modo conforme agli obiettivi posti dal predetto art. 5".

15. Non ha rilievo ostativo il fatto che la fattispecie oggetto di causa si collochi in epoca anteriore alla normativa di recepimento della direttiva, considerato l'obbligo del giudice nazionale di offrire una interpretazione del diritto interno conforme agli obiettivi di una direttiva anche prima del suo concreto recepimento e della sua attuazione (cfr. Cass. n. 6798 del 2018; n. 17867 del 2016 e giurisprudenza ivi richiamata).

16. Poste tali premesse quanto alla ricostruzione del contesto normativo, interno e sovranazionale, risultano infondate le censure di erronea sussunzione della fattispecie oggetto di causa nella L. n. 68 del 1999 e di violazione del D.Lgs. n. 81 del 2008, poichè la nozione di disabilità, anche ai fini della tutela in materia di licenziamento, deve essere costruita in conformità al contenuto della direttiva, come interpretata dalla Corte di Giustizia, quindi quale "limitazione risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche durature che, in interazione con barriere di diversa natura, possono ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori".

17. Tale nozione si pone come unificante e sovrastante rispetto alle definizioni dettate dalle singole disposizioni su cui si fondano la sentenza d'appello ed i motivi di ricorso per cassazione, esattamente la L. n. 68 del 1999, art. 1, comma 7 (ai sensi del quale "I datori di lavoro, pubblici e privati, sono tenuti a garantire la conservazione del posto di lavoro a quei soggetti che, non essendo disabili al momento dell'assunzione, abbiano acquisito per infortunio sul lavoro o malattia professionale eventuali disabilità") e il D.Lgs. n. 81 del 2008, art. 42 (comma 1. "Il datore di lavoro, anche in considerazione di quanto disposto dalla L. 12 marzo 1999, n. 68, in relazione ai giudizi di cui all'art. 41, comma 6, attua le misure indicate dal medico competente e qualora le stesse prevedano un'inidoneità alla mansione specifica adibisce il lavoratore, ove possibile, ad altra mansione compatibile con il suo stato di salute") ed è rispetto ad essa che occorre valutare le censure alla sentenza impugnata.

18. Nel caso di specie non è in discussione il carattere duraturo delle menomazioni diagnosticate a sig. P. e tali da comportare un giudizio del medico competente di "permanente inidoneità alle mansioni di autista".

19. Inoltre, la possibilità di adattamenti organizzativi ragionevoli nel luogo di lavoro al fine di garantire al dipendente, divenuto disabile in conseguenza di un grave infortunio sul lavoro, la piena eguaglianza con gli altri lavoratori, è stata accertata in fatto dalla Corte di merito sulla base della stessa condotta datoriale che, al rientro del dipendente a lavoro, aveva individuato una mansione compatibile con le residue capacità del predetto e con la sua professionalità.

20. La Corte di merito ha ritenuto illegittimo il licenziamento intimato dalla società per sopravvenuta inidoneità fisica alle mansioni di autista sulla base di un duplice ordine di ragioni: per essere la motivazione del recesso non attuale, atteso che il dipendente nel 2008 non svolgeva più da anni le mansioni di autista; inoltre, per avere la società dimostrato di poter adibire il lavoratore ad altre mansioni, compatibili con le menomazioni fisiche, il che coincide con gli accorgimenti ragionevoli esigibili in base alla ricostruzione sopra fatta e risulta dirimente ai fini dell'esclusione della violazione di legge.

21. Il ricorso deve quindi essere respinto, con condanna della ricorrente al pagamento delle spese del giudizio di legittimità, liquidate come in dispositivo.

22. Si dà atto della sussistenza dei presupposti di cui al 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.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese del giudizio di legittimità che liquida in Euro 5.000,00 per compensi professionali, in Euro 200,00 per esborsi, oltre spese forfettarie nella misura del 15% ed accessori di legge.

Ai sensi del 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, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte della ricorrente dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma del medesimo art. 13, comma 1 bis.

Così deciso in Roma, il 7 febbraio 2019.

Depositato in Cancelleria il 21 maggio 2019

Cass. civ. Sez. lavoro, Sent., (ud. 10/09/2015) 03-11-2015, n. 22421

LAVORO SUBORDINATO (RAPPORTO DI)

Licenziamento

Trasferimento del lavoratore

PROVA IN GENERE IN MATERIA CIVILE

Onere della prova

Fatto Diritto P.Q.M.

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

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. ROSELLI Federico - Presidente -
Dott. DI CERBO Vincenzo - Consigliere -
Dott. BRONZINI Giuseppe - Consigliere -
Dott. TRIA Lucia - rel. Consigliere -
Dott. BALESTRIERI Federico - Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso 12789-2013 proposto da:

M.N.E. C.F. (OMISSIS), domiciliata in ROMA, PIAZZA CAVOUR, presso la CANCELLERIA DELLA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE, rappresentata e difesa dall'avvocato FORTUNA TULLIO, giusta delega in atti;
- ricorrente -

contro

POSTE ITALIANE S.P.A. C.F. (OMISSIS), in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIALE MAZZINI 134, presso lo studio dell'avvocato FIORILLO LUIGI, rappresentata e difesa dall'avvocato GRANOZZI GAETANO, giusta delega in atti;
- controricorrente -

avverso la sentenza n. 550/2012 della CORTE D'APPELLO di PALERMO, depositata il 14/05/2012 R.G.N. 1773/2010;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 10/09/2015 dal Consigliere Dott. LUCIA TRIA;
udito l'Avvocato FORTUNA TULLIO;

udito l'Avvocato BONFRATE FRANCESCA per delega verbale GRANOZZI GAETANO;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. SERVELLO Gianfranco che ha concluso per il rigetto del ricorso.

Svolgimento del processo

1.- La sentenza attualmente impugnata, riformando la sentenza del Tribunale di Palermo n. 1784/09, rigetta la domanda proposta da M.N.E. con il ricorso introduttivo del giudizio, al fine di ottenere la dichiarazione di illegittimità del licenziamento intimatole da POSTE ITALIANE s.p.a., con le conseguenti pronunce.

La Corte d'appello di Palermo, per quel che qui interessa, precisa che:

a) la M., nel proprio ricorso introduttivo, ha precisato che con sentenza del Tribunale di Palermo n. 1728/06 del 5 aprile 2006 era stata dichiarata la nullità del termine finale di durata apposto ad un contratto di lavoro stipulato con la società convenuta, la quale in asserita esecuzione di tale sentenza l'aveva destinata al CUAS di Bari, sul presupposto dell'avvenuta chiusura dell'unità produttiva presso la quale aveva prestato la propria attività lavorativa;

b) conseguentemente, la lavoratrice, ritenendo tale provvedimento di trasferimento illegittimo, ne aveva rifiutato l'esecuzione, offrendo nel contempo la propria prestazione lavorativa presso la originaria sede di Palermo e a causa di tale rifiuto era stata licenziata;

c) POSTE ITALIANE s.p.a. contesta la sentenza di primo grado che ha ritenuto illegittimo il disposto trasferimento ed ha consequenzialmente affermato la legittimità del rifiuto opposto dalla lavoratrice a trasferirsi nella nuova sede assegnata;

d) la censura è fondata in quanto, diversamente da ciò che ha affermato il primo giudice, l'accordo aziendale del 28 dicembre 2005, relativo alla ricollocazione del personale in servizio alla data dell'accordo stesso occupato presso il soppresso CUAS di Palermo, non è applicabile alla M. perchè alla data suindicata la lavoratrice non poteva essere considerata "in servizio" sulla sola base della citata sentenza del Tribunale di Palermo n. 1728/06 con la quale è stata dichiarata la nullità della clausola appositiva del termine contenuta nel contratto in oggetto;

e) è infatti da escludere - come conferma il testo dell'accordo - che le parti sociali con il suddetto contratto decentrato abbiano inteso riferirsi all'organico del CUAS di Palermo comprendente non solo i lavoratori all'epoca effettivamente occupati, ma tutti i lavoratori ivi assunti, anche in anni remoti, con contratti a termine, tanto più che l'azione di nullità è imprescrittibile;

f) ciò è avvalorato dal fatto che nel successivo accordo sindacale del 21 marzo 2007 le parti, nel regolamentare gli effetti delle riammissioni in servizio ope judicis dei lavoratori assunti presso l'ex CUAS di

Palermo intervenute dopo la relativa soppressione hanno dato atto dell'essersi definitivamente conclusa la fase di ricollocazione dell'organico disciplinata dall'accordo del 28 dicembre 2005;
g) ne consegue l'illegittimità del rifiuto opposto dall'interessata a prendere servizio presso il CUAS di Bari e la legittimità del licenziamento.

2.- Il ricorso di M.N.E. domanda la cassazione della sentenza per dieci motivi; resiste, con controricorso, POSTE ITALIANE s.p.a., che deposita anche memoria ex art. 378 cod. proc. civ.. Anche la M. deposita memoria, ma fuori termine.

Motivi della decisione

1 - Sintesi dei motivi di ricorso.

1.- Il ricorso è articolato in dieci motivi.

1.1.- Con il primo motivo si denunciano: a) in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 3, violazione e/o falsa applicazione degli artt. 431, 115 e 116 cod. proc. civ. nonché degli artt. 2103, 1460 e 2697 cod. civ. e dell'art. 18 St.lav. (nel testo all'epoca vigente n.d.r.); b) in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 5, omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione e/o omesso esame circa un fatto decisivo e controverso per il giudizio.

Si contesta la statuizione della Corte d'appello secondo cui era impossibile la reintegra della M. nel posto originario, non essendo applicabile l'accordo del 28 dicembre 2005 ed essendo stato soppresso l'ufficio (CUAS di Palermo) di precedente adibizione.

Si rileva che da essa si desume come la Corte palermitana non abbia tenuto conto della sentenza del Tribunale di Palermo n. 1728/06 del 5 aprile 2006 (confermata in appello con sentenza n. 479/2009) e dell'ordine di reintegra in essa contenuto, in base al quale la società POSTE ITALIANE era tenuta a riammettere in servizio la lavoratrice "nel posto di lavoro da ultimo occupato", salva la possibilità di trasferirla successivamente ad altra sede, previa dimostrazione della effettiva sussistenza delle ragioni tecnico- produttive e organizzative di cui all'art. 2103 cod. civ., in realtà mai provata.

Ne consegue la violazione anche dell'art. 1460 cod. civ., atteso che in un contratto a prestazioni compsettive una parte può non adempiere in caso di inadempimento dell'altra parte, come affermato dalla giurisprudenza di legittimità in fattispecie analoghe alla presente.

Peraltro, nel corso del giudizio, è stato pienamente dimostrato che la lavoratrice avrebbe potuto essere ricollocata presso la sede di Palermo della società datrice di lavoro, ove sono stati continuativamente assunti numerosi lavoratori precari anche negli anni 2006 e 2007 nella ex area operativa ove lavorava la ricorrente.

Si sottolinea altresì che la Corte territoriale non ha esaminato la documentazione in atti relativa alla soppressione del CUAS di Palermo e, in particolare, non ha considerato che nell'accordo sindacale del 21 marzo 2007 - che viene citato nella sentenza impugnata - le parti sociali hanno espressamente accertato la avvenuta conclusione della fase di gestione e ricollocazione delle risorse del CUAS di Palermo, secondo le previsioni del precedente accordo in data 28 dicembre 2005, ma soltanto a partire dalla data della stipula del nuovo accordo (21 marzo 2007, come si è detto), di un anno successiva al disposto trasferimento della ricorrente.

1.2.- Con il secondo motivo si denunciano: a) in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 3, violazione e/o falsa applicazione dell'accordo del 28 dicembre 2005 nonché degli artt. 1362 e 1363 cod. civ., con riguardo all'interpretazione delle clausole dell'accordo stesso;

violazione e/o falsa applicazione degli artt. 115 e 116 cod. proc. civ. e dell'art. 2697 cod. civ.; b) in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 5, omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione e/o omesso esame circa un fatto decisivo e controverso per il giudizio.

Dal testo del suddetto accordo risulta con chiarezza che le parti contraenti hanno inteso regolare la situazione di tutti i lavoratori in servizio presso il CUAS di Palermo al 28 dicembre 2005 (data della stipula dell'accordo). Tra questi lavoratori non poteva non essere compresa anche la M., la quale per effetto della sentenza n. 1728/2006 del Tribunale di Palermo cit., doveva considerarsi alle dipendenze della società ricorrente a decorrere dal 6 novembre 2000, data in cui è stata addetta al CUAS di Palermo.

Dalla CTU espletata in primo grado è emerso che la ricorrente si era collocata ad uno dei primi posti della graduatoria compilata in esecuzione al suddetto accordo sicché aveva diritto di essere riammessa in una struttura (filiale, agenzia etc.) della società POSTE avente sede nel Comune o nella Provincia di Palermo.

In questa situazione e in assenza di prove fornite dalla società circa le ragioni oggettive che avrebbero giustificato l'assegnazione della M. presso il CUAS di Bari, tale assegnazione non poteva non considerarsi illegittima.

1.3.- Con il terzo motivo si denunciano: a) in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 3, violazione e/o falsa applicazione dell'accordo del 21 marzo 2007 nonché degli artt. 1362 e 1363 cod. civ., con riguardo all'interpretazione delle clausole dell'accordo stesso anche in relazione al richiamo ivi contenuto all' accordo del 29 luglio 2004;

violazione e/o falsa applicazione degli artt. 115 e 116 cod. proc. civ. e dell'art. 2697 cod. civ.; b) violazione e falsa applicazione dell'art. 112 cod. proc. civ.: omessa pronuncia in relazione alla rilevata illegittimità dell'accordo del 21 marzo 2007 per violazione dell'art. 2 CCNL del 2003; c) in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 5, omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione e/o omesso esame circa un fatto decisivo e controverso per il giudizio.

Si sostiene che, diversamente da quanto affermato dalla Corte d'appello, l'accordo del 21 marzo 2007 non può in alcun modo essere preso a fondamento della legittimità della disposta assegnazione al CUAS di Bari e del successivo licenziamento, in quanto la materia da esso regolata - processi di riorganizzazione e/o ristrutturazione e/o trasformazione aziendale con ricadute sulle condizioni di lavoro riguardanti più di una sola Regione - è riservata alla contrattazione nazionale dall'art. 2 del CCNL del 2003.

La Corte palermitana non solo ha ignorato la relativa censura, tempestivamente proposta dalla lavoratrice, ma ha addirittura utilizzato il suddetto accordo per affermare la legittimità della condotta aziendale. Peraltro, l'accordo in oggetto è successivo ai fatti che rilevano nella presente vicenda, sicchè non può che esserne del tutto estraneo.

1.4.- Con il quarto motivo si denunciano: a) in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 3, violazione e/o falsa applicazione della L. n. 604 del 1966, art. 2 e/o falsa applicazione degli artt. 112, 115 e 116 cod. proc. civ.; b) in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 5, omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione e/o omesso esame circa un fatto decisivo e controverso per il giudizio.

Si sottolinea che la lavoratrice, con lettera del 6 luglio 2006, nell'impugnare l'atto di assegnazione-trasferimento in oggetto, ha formalmente chiesto che le venissero comunicati i motivi della suddetta determinazione datoriale, ma la società POSTE ITALIANE non ha provveduto a rispondere nel termine previsto dalla L. n. 604 del 1966, art. 2.

Ne consegue che, in base alla giurisprudenza di legittimità, il trasferimento si deve considerare inefficace e ciò, insieme con l'omessa e seria dimostrazione della sussistenza dei presupposti del trasferimento stesso, si riflette sull'intimato licenziamento determinandone l'invalidità.

1.5.- Con il quinto motivo si denunciano: a) in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 3, violazione e/o falsa applicazione dell'art. 112 cod. proc. civ., degli artt. 1362 e 1363 cod. civ., con riguardo all'interpretazione dell'art. 37 del CCNL POSTE da applicare nella specie; violazione e/o falsa applicazione dell'art. 2697 cod. civ. e dell'art. 115 cod. proc. civ.; b) in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 5, omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione e/o omesso esame circa un fatto decisivo e controverso per il giudizio.

Si sottolinea che altra questione non esaminata dalla Corte territoriale è quella relativa al fatto che la ricorrente, avendo una famiglia a carico come attestato dallo stato di famiglia depositato in atti, aveva diritto ad un preavviso di sessanta giorni per il trasferimento, in base al suindicato art. 37 del CCNL, invece la società l'ha trasferita con nota del 5 luglio 2006 e con decorrenza dal 19 luglio 2006, dando generiche giustificazioni in merito alla riduzione drastica del termine di preavviso.

1.6.- Con il sesto motivo si denunciano: a) in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 3, violazione e/o falsa applicazione della L. n. 604 del 1966, artt. 3 e 5 nonché degli artt. 112, 115 e 414 cod. proc. civ. e degli artt. 1175, 1375 e 2697 cod. civ., "anche in relazione al principio di tempestività"; b) in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 5, omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione e/o omesso esame circa un fatto decisivo e controverso per il giudizio.

Si precisa che la lavoratrice ha, con lettera del 30 giugno 2006 - in risposta alla nota della società in data 20 giugno 2006 - contestato la legittimità del trasferimento intimato e dichiarato la propria disponibilità a lavorare presso la sede di Palermo (comprensiva sia del Comune sia della Provincia). La società ha proceduto alla contestazione disciplinare solo in data 27 settembre 2006 e al licenziamento il successivo 23 ottobre 2006, con palese violazione della L. n. 300 del 1970, art. 7 oltre che dell'art. 2106 cod. civ., per evidente sproporzione della sanzione irrogata, senza offrire alcuna prova a giustificazione del suo operato.

1.7.- Con il settimo motivo si denunciano: a) in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 3, violazione e/o falsa applicazione della L. n. 604 del 1966, art. 3, degli artt. 51, 52 e 53, art. 54, comma 4 e art. 72 CCNL POSTE dell'11 luglio 2003 nonché degli artt. 1362 e 1363 cod. civ., con riguardo all'interpretazione delle suddette clausole contrattuali, violazione e/o falsa applicazione degli artt. 112 e 115 cod. proc. civ. e dell'art. 2697 cod. civ.; b) in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 5, omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione e/o omesso esame circa un fatto decisivo e controverso per il giudizio. Insussistenza delle ragioni poste a base del licenziamento e difetto di proporzionalità della sanzione.

Il licenziamento con preavviso, in base all'art. 53 del CCNL presuppone che il datore di lavoro dimostri che il comportamento del dipendente abbia prodotto "interruzione o turbativa nella regolarità o nella continuità del servizio".

La società datrice di lavoro non ha articolato alcun mezzo di prova al riguardo, come si rileva agevolmente dalla lettura della memoria di costituzione in primo grado.

La Corte territoriale non ha esaminato tali questioni.

1.8.- Con l'ottavo motivo si denunciano: a) in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 3, violazione e/o falsa applicazione dell'art. 53 del CCNL POSTE dell'11 luglio 2003 nonché degli artt. 1362 e 1363 cod. civ., con riguardo all'interpretazione del suddetto art. 53; violazione e/o falsa applicazione degli artt. 112 e 115 cod. proc. civ. e dell'art. 2697 cod. civ.; b) in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 5, omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione e/o omesso esame circa un fatto decisivo e controverso per il giudizio.

L'art. 53 del CCNL indicato stabilisce che nel disporre il trasferimento la società POSTE ITALIANE debba tenere conto delle "condizioni personali e familiari del lavoratore interessato".

Nella specie la società ha omesso l'indispensabile preventiva attività istruttoria che avrebbe consentito alla lavoratrice di esporre le sue particolari condizioni di famiglia, che non erano compatibili con un trasferimento a 800 chilometri dal luogo di residenza suo e dei familiari, specialmente in considerazione della necessità di assistere la propria madre, invalida al 100% e inclusa nel certificato dello stato di famiglia, che la lavoratrice aveva allegato alla propria lettera di risposta al provvedimento di trasferimento.

1.9.- Con il nono motivo si denunciano: a) in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 3, violazione e/o falsa applicazione dell'art. 38 del CCNL dell'11 luglio 2003 nonché degli artt. 1362 e 1363 cod. civ., con riguardo all'interpretazione del suddetto art. 38; violazione e/o falsa applicazione degli artt. 112 e 115 cod. proc. civ. e dell'art. 2697 cod. civ.; b) in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 5, omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione e/o omesso esame circa un fatto decisivo e controverso per il giudizio.

Nel ricorso introduttivo la lavoratrice ha sostenuto che i plurimi trasferimenti individuali analoghi al proprio effettuati nel medesimo periodo dalla datrice di lavoro erano da trattare come licenziamenti collettivi e,

quindi, avrebbero dovuto essere preceduti da un confronto con le OO.SS. per la definizione dei criteri oggettivi in base ai quali individuare i lavoratori da trasferire.

1.10.- Con il decimo motivo si denuncia: a) in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 3, violazione della L. n. 604 del 1966, art. 5;

violazione e/o falsa applicazione degli artt. 112 e 115 cod. proc. civ. e dell'art. 2697 cod. civ.; b) in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 5, omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione e/o omesso esame circa un fatto decisivo e controverso per il giudizio.

E' pacifico che il licenziamento per giustificato motivo soggettivo di cui si discute presuppone la validità del trasferimento precedente, sicchè la società - indipendentemente dalla asserita chiusura del CUAS di Palermo - avrebbe dovuto dimostrare l'impossibilità di adibire la M. a mansioni compatibili con la qualifica di appartenenza, o anche inferiori se accettate, nell'ambito di un qualsiasi ufficio sito nel Comune o nella Provincia di Palermo, mentre ciò non è avvenuto, pur avendo l'interessata offerto la sua più ampia disponibilità al riguardo.

2 - Esame delle censure.

2.- Il ricorso è da accogliere, per le ragioni di seguito esposte.

3.- In primo luogo deve essere sottolineato che risulta pacificamente accertato che:

a) la lavoratrice ha ottenuto dal giudice del lavoro la declaratoria di nullità della clausola di apposizione del termine al contratto di lavoro stipulato con la società Poste Italiane per il periodo 7 novembre 2000-6 febbraio 2001 con sede di lavoro presso il CUAS di Palermo, con la conseguente condanna della società a riammetterla in servizio nel posto precedentemente occupato (sentenza del Tribunale di Palermo n. 1728/06 del 5 aprile 2006, in atti);

b) tuttavia, la datrice di lavoro, in asserita esecuzione di tale sentenza, sul presupposto dell'avvenuta chiusura dell'unità produttiva presso la quale aveva originariamente prestato la propria attività lavorativa, ha disposto l'assegnazione della M. presso il CUAS di Bari, sede diversa da quella assegnata in origine situata a 800 chilometri di distanza dalla sede di prima assegnazione nonché dal luogo di residenza della lavoratrice e dei suoi familiari, tra cui la madre invalida al 100% e bisognevole di cure;

c) conseguentemente, la lavoratrice, ritenendo tale provvedimento (di trasferimento implicito) (illegittimo, ne ha rifiutato l'esecuzione, offrendo nel contempo la propria prestazione lavorativa presso la originaria sede di Palermo (comprensiva sia del Comune sia della Provincia) e a causa di tale rifiuto è stata licenziata.

4.- Secondo consolidati orientamenti di questa Corte - applicati anche in controversie analoghe alla presente (riguardanti dipendenti delle Poste Italiane s.p.a., reintegrati, dopo la declaratoria di nullità dell'apposizione del termine inserito nel contratto di lavoro, in sedi di lavoro diverse da quella originaria) e, in particolare, di recente, seguiti da Cass. 14 luglio 2014, n. 16087, riguardante una controversia uguale alla presente, nella quale è stata esaminata la situazione di una degli altri lavoratori i cui contratti a termine sono stati dichiarati nulli insieme con quello della M. con la medesima sentenza del Tribunale di Palermo n. 1728/2006 - cui il Collegio intende dare continuità:

a) la ottemperanza del datore di lavoro all'ordine giudiziale di riammissione in servizio, a seguito di accertamento della nullità dell'apposizione di un termine al contratto di lavoro, implica il ripristino della posizione di lavoro del dipendente, il cui reinserimento nell'attività lavorativa deve quindi avvenire nel luogo precedente e nelle mansioni originarie, a meno che il datore di lavoro non intenda disporre il trasferimento del lavoratore ad altra unità produttiva, e sempre che il mutamento della sede sia giustificato da sufficienti ragioni tecniche, organizzative e produttive, in mancanza delle quali è configurabile una condotta datoriale illecita, che giustifica la mancata ottemperanza a tale provvedimento da parte del lavoratore, sia in attuazione di un'eccezione di inadempienza ai sensi dell'art. 1460 cod. civ., sia sulla base del rilievo che gli atti nulli non producono effetti (Cass. 9 agosto 2013, n. 19095; Cass. 16 maggio 2013, n. 11927; Cass. 23 novembre 2010, n. 23677; Cass. 30 dicembre 2009, n. 27844 nello stesso senso, Cass. 2 ottobre 2002, n. 14142);

b) in particolare, resta, anche fermo che, nel caso suindicato, ove sia contestata la legittimità del trasferimento, il datore di lavoro, a prescindere da qualsiasi richiesta in tal senso da parte del lavoratore, ha l'onere di allegare e provare in giudizio le fondate ragioni che lo hanno determinato e, se può integrare o modificare la motivazione eventualmente enunciata nel provvedimento, non può limitarsi a negare la sussistenza dei motivi di illegittimità oggetto di allegazione e richiesta probatoria della controparte, ma deve comunque provare le reali ragioni tecniche, organizzative e produttive che giustificano il provvedimento in quanto si tratta di un provvedimento che rappresenta una eccezione rispetto alla regola del ripristino della originaria posizione di lavoro del dipendente reintegrato al quale pertanto non si applica il regime generale in base al quale il provvedimento di trasferimento, in quanto tale, non è soggetto ad alcun onere di forma e non deve necessariamente contenere l'indicazione dei motivi, nè il datore di lavoro ha l'obbligo di rispondere al lavoratore che li richieda (Cass. 17 maggio 2010, n. 11984; Cass. 9 agosto 2013, n. 19095);

c) inoltre, una volta che - in assenza di comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive idonee a giustificare il mutamento di sede (Cass. 5 aprile 2007, n. 8584; Cass. 16 maggio 2013, n. 11927) - sia stato effettuato il ripristino della posizione di lavoro del dipendente, con reinserimento nell'attività lavorativa nel luogo e nelle mansioni originarie (intendendosi il rapporto contrattuale come mai cessato), in corretta ottemperanza del comando giudiziale di riammissione in servizio a seguito di accertamento della nullità dell'apposizione di un termine al contratto di lavoro, il datore di lavoro può comunque, successivamente, disporre il trasferimento del lavoratore reintegrato, ma osservando la relativa normativa e in applicazione dei generali canoni della correttezza e buona fede (Cass. 2 luglio 1999, n. 6847; Cass. 9 agosto 2002, n. 12123; Cass. 23 novembre 2010, n. 23677).

5.- Come risulta dalla su riportata ricostruzione della vicenda, la Corte d'appello, con inadeguata motivazione, non si è uniformata ai suindicati principi, la cui applicazione alla presente fattispecie avrebbe dovuto indurla a considerare il trasferimento di sede in oggetto del tutto illegittimo, trattandosi di una vicenda che presenta caratteristiche del tutto peculiari che la differenziano da altre, anche di recente esaminate da questa Corte,

nelle quali l'esercizio, da parte del datore di lavoro, in sede di riammissione di lavoratori effettuata a seguito di declaratoria di illegittimità del termine apposto al contratto di lavoro, dello jus variandi mediante il trasferimento ad una unità produttiva diversa da quella originaria è stato considerato legittimo (vedi, per tutte: Cass. 12 gennaio 2015, n. 213; Cass. 5 marzo 2015, n. 4474).

Ciò in quanto nella presente controversia, a differenza che nei citati casi, il comportamento datoriale, quale emerge dalla ricostruzione dei fatti eseguita dalla Corte territoriale, non può considerarsi conforme all'art. 2103 cod. civ. e alle garanzie ivi previste, che pur non presupponendo necessariamente la previa assegnazione alla precedente sede di lavoro, comunque richiedono che la condotta datoriale sia rispettosa oltre che degli oneri probatori specificamente previsti, anche dei principi di buona fede e correttezza e dei diritti fondamentali dei lavoratori. Invece dalla sentenza impugnata:

a) non risulta che POSTE ITALIANE s.p.a. abbia comprovato le reali ragioni tecniche, organizzative e produttive poste a giustificazione del provvedimento di cui si tratta, che rappresenta una eccezione rispetto alla regola del ripristino della originaria posizione di lavoro del dipendente reintegrato;

b) neppure risulta che la società abbia fornito, sebbene richiesta, adeguata motivazione in merito alla mancata considerazione della situazione familiare della lavoratrice;.

6.- A tale ultimo riguardo va anzi precisato che la circostanza che la lavoratrice non godesse dei benefici di cui alla L. n. 104 del 1992, art. 3 (evidenziata nel controricorso, a p. 14) appare del tutto ininfluente nella vicenda in oggetto, ove si consideri che la società non ha negato l'autenticità del certificato dello stato di famiglia della lavoratrice, nel quale era presente anche la madre di questa nè ha negato che la madre fosse invalida al 100% .

Infatti, come risulta in primo luogo dalla consolidata giurisprudenza costituzionale, con la L. 5 febbraio 1992, n. 104 (Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate) il legislatore ha preso in particolare considerazione l'esigenza di favorire la socializzazione del soggetto disabile, predisponendo strumenti rivolti ad agevolare il suo pieno inserimento nella famiglia, nella scuola e nel lavoro, in attuazione del principio, espresso anche dalla stessa Corte costituzionale nella sentenza n. 215 del 1987, secondo il quale la socializzazione in tutte le sue modalità esplicative è un fondamentale fattore di sviluppo della personalità ed un idoneo strumento di tutela della salute del portatore di handicap, intesa nella sua accezione più ampia di salute psico-fisica (vedi Corte cost., sentenza n. 350 del 2003 nonché sentenze n. 167 del 1999, n. 226 del 2001 e n. 467 del 2002).

In questo quadro, è stato altresì posto l'accento sul ruolo fondamentale della famiglia "nella cura e nell'assistenza dei soggetti portatori di handicap" (Corte cost., sentenze n. 203 del 2013; n. 329 del 2011; n. 19 del 2009; n. 158 del 2007; n. 233 del 2005), sottolineandosi, così, che una tutela piena dei soggetti deboli (e, in particolare dei portatori di handicap gravi, quale la madre della M.) richiede, oltre alle necessarie prestazioni sanitarie e di riabilitazione, anche la cura, l'inserimento sociale e, soprattutto, la continuità delle relazioni costitutive della personalità umana (Corte cost, sentenza n. 203 del 2013).

7.- D'altra parte, la giurisprudenza di questa Corte, nell'uniformarsi all'indicato orientamento della Corte costituzionale, ha, da tempo, affermato che della L. n. 104 del 1992 cit., art. 33, comma 5, si deve dare una interpretazione orientata alla complessiva considerazione dei principi e dei valori costituzionali coinvolti (come delineati, in particolare, dalla Corte cost. con le sentenze n. 406 del 1992 e n. 325 del 1996), sicché il diritto del familiare lavoratore, con rapporto di lavoro pubblico o privato, che assista con continuità un parente od un affine entro il terzo grado handicappato, di non essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede, non può subire limitazioni in caso di mobilità connessa ad ordinarie esigenze tecnico-produttive dell'azienda ovvero della P.A. (Cass. SU 9 luglio 2009, n. 16102).

Di recente, è stato anche aggiunto che sempre sulla base di una interpretazione costituzionalmente orientata della suindicata disposizione - effettuata alla luce dell'art. 3 Cost., comma 2, dell'art. 26 della Carta di Nizza e della Convenzione delle Nazioni Unite del 13 dicembre 2006 sui diritti dei disabili, ratificata con L. n. 18 del 2009 - il trasferimento del lavoratore che assiste un familiare disabile è vietato anche quando il grado di disabilità dell'assistito non si configuri come grave, a meno che il datore di lavoro, a fronte della natura e del grado di infermità psico-fisica del familiare, provi la sussistenza di esigenze aziendali effettive ed urgenti, insuscettibili di essere altrimenti soddisfatte (Cass. 7 giugno 2012, n. 9201).

E' noto che l'applicabilità della suindicata norma sui trasferimenti - la cui disciplina è oggi accomunata a quelli dei permessi retribuiti - presuppone che la condizione di disabilità sia stata accertata dalla Commissione istituita presso la competente Azienda Sanitaria Locale, ai sensi della medesima L. n. 104 del 1992, art. 4 (vedi, per tutte: Cass. 3 maggio 2013, n. 10338) e, nella specie, tale requisito non risulta essere presente. Tuttavia, sulla base della citata Convenzione ONU, pienamente efficace ed operativa nel nostro ordinamento (vedi, sul punto: Cass. 6 aprile 2011, n. 7889) - alla quale, anche la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, a partire dalla sentenza dell'11 aprile 2013 (cause riunite C-335/11 e C-337/11, HK Danmark, C-335:11), ha precisato che bisogna fare riferimento per la nozione di handicap, nell'interpretazione delle direttive in materia di diritto antidiscriminatorio, non contenenti una simile nozione - si deve ritenere che la società POSTE ITALIANE non potesse ignorare la complessiva situazione familiare della lavoratrice e, quindi, anche da questo punto di vista, dovesse astenersi dal disporre l'impugnato trasferimento, essendo comunque obbligata a rispettare la suindicata Convenzione, finalizzata ad assicurare a garantire alle persone disabili un più adeguato livello di vita e di protezione sociale, in tutti gli ambiti.

Tanto più che, di questa tutela più efficace, come si è detto, un tassello importante è rappresentato dalla famiglia, il che presuppone anche la previsione di una adeguata regolamentazione del contratto di lavoro dei familiari conviventi con la persona tutelata (a prescindere dalla fruizione dei benefici di cui alla L. n. 104 del 1992 cit.)..

8.- Questa interpretazione - che è opposta a quella proposta dalla attuale controricorrente, secondo cui "in ogni caso anche l'invalida avrebbe potuto trasferirsi temporaneamente con la famiglia" - rappresenta una - sia pure indiretta - l'applicazione della sentenza della CGUE 4 luglio 2013, C-312/11, Commissione

c. Italia, nella quale, in base ai suddetti principi, la Corte di Giustizia ha stabilito che il nostro Paese, non avendo imposto a tutti i datori di lavoro di prevedere, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, soluzioni ragionevoli applicabili a tutti i disabili, è venuta meno al suo obbligo di recepire correttamente e completamente l'art. 5 della citata direttiva 2000/78/CE, in materia di pari dignità di trattamento in materia di condizioni di lavoro.

La CGUE ha aggiunto che la suindicata Convenzione ONU (spec. art. 2, comma 4) stabilisce che si devono porre in essere gli "accomodamenti ragionevoli" per favorire le persone disabili, intendendosi per tali volti le modifiche e gli adattamenti necessari ed appropriati che non impongano un onere sproporzionato o eccessivo da adottare, ove ve ne sia necessità in casi particolari, per garantire alle persone disabili, nelle diverse situazioni, il godimento e l'esercizio di tutti i diritti umani e di tutte le libertà fondamentali su base di uguaglianza con gli altri.

In particolare, i datori di lavoro o qualsiasi persona o organizzazione a cui si applica la suddetta direttiva - cioè a tutte le persone, sia del settore pubblico che del settore privato, compresi gli organismi di diritto pubblico (art. 3 della direttiva stessa) - devono essere obbligati dalla legislazione nazionale ad adottare 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. E per stabilire se le misure in questione danno luogo a oneri finanziari sproporzionati, è necessario tener conto in particolare dei costi finanziari o di altro tipo che esse comportano, delle dimensioni e delle risorse finanziarie dell'organizzazione o dell'impresa e della possibilità di ottenere fondi pubblici o altre sovvenzioni.

La CGUE ha così confermato l'impianto accusatorio della Commissione Europea che aveva avviato una procedura di infrazione sul principale rilievo secondo cui "le garanzie e le agevolazioni previste a favore dei disabili in materia di occupazione dalla normativa italiana non riguardano tutti i disabili, tutti i datori di lavoro e tutti i diversi aspetti del rapporto di lavoro".

Quasi contemporaneamente all'emanazione dell'indicata sentenza è stato adottato il D.L. 28 giugno 2013, n. 76, convertito dalla L. 9 agosto 2013, n. 99, che contiene alcune modifiche della precedente normativa sull'inserimento dei disabili nel mondo del lavoro. Tale normativa è ancora all'esame della Commissione UE. Se la Commissione la reputerà ancora insufficiente potrebbe avviare una nuova procedura di infrazione, che potrebbe concludersi con pesanti multe per l'Italia.

9.- In questa complessiva situazione, il trasferimento in oggetto risulta, per le molteplici ragioni fin qui indicate, palesemente illegittimo perchè adottato in patente violazione delle norme che disciplinano, in generale, il trasferimento del lavoratore nonchè delle fondamentali regole di correttezza e buona fede contrattuale, oltre a risultare in contrasto con la normativa che tutela le persone con disabilità.

Ne consegue che esso integra una condotta illecita implicante un inadempimento del contratto di lavoro, sì che nessuna comparazione di contrapposti interessi sarebbe stata consentita al giudice di merito, dovendosi conseguentemente considerare la mancata ottemperanza a tale provvedimento da parte della lavoratrice pienamente giustificata sia quale attuazione di un'eccezione di inadempimento (art. 1460 cod. civ.), sia in base al principio secondo cui gli atti nulli non producono effetti, non potendosi ritenere che sussista una presunzione di legittimità dei provvedimenti aziendali, che imponga l'ottemperanza agli stessi fino a un contrario accertamento in giudizio (vedi Cass. 9 agosto 2013, n. 19095 cit. e precedenti ivi richiamati).

Dalle anzidette considerazioni deriva l'illegittimità del licenziamento per assenza dal servizio, intimato dalla società pur dopo la puntuale deduzione di illegittimità della nuova destinazione effettuata dalla lavoratrice nella lettera di risposta alla nota di addebito.

10.- Non appare, al riguardo, condivisibile l'assunto della Corte palermitana secondo cui l'accordo aziendale del 28 dicembre 2005, relativo alla ricollocazione del personale in servizio alla data dell'accordo stesso occupato presso il soppresso CUAS di Palermo, non sarebbe applicabile alla M. perchè alla data suindicata la lavoratrice non poteva essere considerata "in servizio" sulla sola base della citata sentenza del Tribunale di Palermo n. 1728/06 con la quale è stata dichiarata la nullità della clausola appositiva del termine contenuta nel contratto in oggetto.

Tale statuizione, infatti, si pone in contrasto con il suddetto costante indirizzo di questa Corte in base al quale la riammissione in servizio del lavoratore disposta a seguito di accertamento giudiziale della nullità dell'apposizione di un termine al contratto di lavoro presuppone che il rapporto contrattuale si intenda come mai cessato, implicando la continuità dello stesso - che, nella specie, si è illegittimamente interrotta a partire dal 6 febbraio 2001 - che la prestazione deve persistere con la sua originaria configurazione (per mansioni svolte e per sede di lavoro), salva la possibilità, per il datore di lavoro, di esercitare lo jus variandi, ma nei sindacati limiti.

3 - Conclusioni.

11.- Le suddette considerazioni portano all'accoglimento del ricorso per le anzidette ragioni, assorbenti rispetto ad ogni altra censura.

La sentenza impugnata deve essere, quindi, cassata e, non essendo necessari ulteriori accertamenti di fatto, la causa può essere decisa nel merito, confermando la sentenza del Tribunale di Palermo n. 1784/09, dichiarativa della illegittimità del licenziamento intimato alla M. con nota ricevuta il data 7 novembre 2006, con le consequenziali pronunce e con la precisazione che l'espressione "il proprio posto di lavoro", presente nel capo del dispositivo della suddetta sentenza relativo alla reintegrazione della lavoratrice deve essere intesa riguardante il posto di lavoro determinato in coerenza con l'accordo aziendale del 28 dicembre 2005. La natura delle questioni trattate e la diversa soluzione, rispettivamente, adottata dai giudici dei due gradi di merito, giustificano la compensazione, tra le parti, delle spese dei due gradi di merito del giudizio.

Invece, le spese del presente giudizio di cassazione seguono la soccombenza e sono liquidate nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso, cassa la sentenza impugnata e, decidendo nel merito, conferma la sentenza del Tribunale di Palermo n. 1784/09 28 maggio 2009. Compensa, tra le parti, le spese dei due gradi di merito del giudizio. Condanna Poste Italiane s.p.a. al pagamento delle spese del presente giudizio di cassazione, liquidate in Euro 100,00 (cento/00) per esborsi, Euro 4000,00 (quattromila/00) per compensi professionali, oltre accessori come per legge.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della Sezione lavoro, il 10 settembre 2015.

Depositato in Cancelleria il 3 novembre 2015

Cass. civ. Sez. lavoro, Sent., (ud. 10/09/2015) 03-11-2015, n. 22421

LAVORO SUBORDINATO (RAPPORTO DI)

Licenziamento
Trasferimento del lavoratore

PROVA IN GENERE IN MATERIA CIVILE

Onere della prova

Fatto Diritto P.Q.M.

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

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. ROSELLI Federico - Presidente -
Dott. DI CERBO Vincenzo - Consigliere -
Dott. BRONZINI Giuseppe - Consigliere -
Dott. TRIA Lucia - rel. Consigliere -
Dott. BALESTRIERI Federico - Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso 12789-2013 proposto da:

M.N.E. C.F. (OMISSIS), domiciliata in ROMA, PIAZZA CAVOUR, presso la CANCELLERIA DELLA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE, rappresentata e difesa dall'avvocato FORTUNA TULLIO, giusta delega in atti;
- ricorrente -

contro

POSTE ITALIANE S.P.A. C.F. (OMISSIS), in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIALE MAZZINI 134, presso lo studio dell'avvocato FIORILLO LUIGI, rappresentata e difesa dall'avvocato GRANOZZI GAETANO, giusta delega in atti;
- controricorrente -

avverso la sentenza n. 550/2012 della CORTE D'APPELLO di PALERMO, depositata il 14/05/2012 R.G.N. 1773/2010;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 10/09/2015 dal Consigliere Dott. LUCIA TRIA;
udito l'Avvocato FORTUNA TULLIO;
udito l'Avvocato BONFRATE FRANCESCA per delega verbale GRANOZZI GAETANO;
udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. SERVELLO Gianfranco che ha concluso per il rigetto del ricorso.

Svolgimento del processo

1.- La sentenza attualmente impugnata, riformando la sentenza del Tribunale di Palermo n. 1784/09, rigetta la domanda proposta da M.N.E. con il ricorso introduttivo del giudizio, al fine di ottenere la dichiarazione di illegittimità del licenziamento intimatole da POSTE ITALIANE s.p.a., con le conseguenti pronunce.

La Corte d'appello di Palermo, per quel che qui interessa, precisa che:

a) la M., nel proprio ricorso introduttivo, ha precisato che con sentenza del Tribunale di Palermo n. 1728/06 del 5 aprile 2006 era stata dichiarata la nullità del termine finale di durata apposto ad un contratto di lavoro stipulato con la società convenuta, la quale in asserita esecuzione di tale sentenza l'aveva destinata al CUAS di Bari, sul presupposto dell'avvenuta chiusura dell'unità produttiva presso la quale aveva prestato la propria attività lavorativa;

b) conseguentemente, la lavoratrice, ritenendo tale provvedimento di trasferimento illegittimo, ne aveva rifiutato l'esecuzione, offrendo nel contempo la propria prestazione lavorativa presso la originaria sede di Palermo e a causa di tale rifiuto era stata licenziata;

c) POSTE ITALIANE s.p.a. contesta la sentenza di primo grado che ha ritenuto illegittimo il disposto trasferimento ed ha consequenzialmente affermato la legittimità del rifiuto opposto dalla lavoratrice a trasferirsi nella nuova sede assegnata;

d) la censura è fondata in quanto, diversamente da ciò che ha affermato il primo giudice, l'accordo aziendale del 28 dicembre 2005, relativo alla ricollocazione del personale in servizio alla data dell'accordo stesso occupato presso il soppresso CUAS di Palermo, non è applicabile alla M. perchè alla data suindicata la lavoratrice non poteva essere considerata "in servizio" sulla sola base della citata sentenza del Tribunale di Palermo n. 1728/06 con la quale è stata dichiarata la nullità della clausola appositiva del termine contenuta nel contratto in oggetto;

e) è infatti da escludere - come conferma il testo dell'accordo - che le parti sociali con il suddetto contratto decentrato abbiano inteso riferirsi all'organico del CUAS di Palermo comprendente non solo i lavoratori all'epoca effettivamente occupati, ma tutti i lavoratori ivi assunti, anche in anni remoti, con contratti a termine, tanto più che l'azione di nullità è imprescrittibile;

f) ciò è avvalorato dal fatto che nel successivo accordo sindacale del 21 marzo 2007 le parti, nel regolamentare gli effetti delle riammissioni in servizio ope judicis dei lavoratori assunti presso l'ex CUAS di

Palermo intervenute dopo la relativa soppressione hanno dato atto dell'essersi definitivamente conclusa la fase di ricollocazione dell'organico disciplinata dall'accordo del 28 dicembre 2005;
g) ne consegue l'illegittimità del rifiuto opposto dall'interessata a prendere servizio presso il CUAS di Bari e la legittimità del licenziamento.

2.- Il ricorso di M.N.E. domanda la cassazione della sentenza per dieci motivi; resiste, con controricorso, POSTE ITALIANE s.p.a., che deposita anche memoria ex art. 378 cod. proc. civ.. Anche la M. deposita memoria, ma fuori termine.

Motivi della decisione

1 - Sintesi dei motivi di ricorso.

1.- Il ricorso è articolato in dieci motivi.

1.1.- Con il primo motivo si denunciano: a) in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 3, violazione e/o falsa applicazione degli artt. 431, 115 e 116 cod. proc. civ. nonché degli artt. 2103, 1460 e 2697 cod. civ. e dell'art. 18 St.lav. (nel testo all'epoca vigente n.d.r.); b) in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 5, omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione e/o omesso esame circa un fatto decisivo e controverso per il giudizio.

Si contesta la statuizione della Corte d'appello secondo cui era impossibile la reintegra della M. nel posto originario, non essendo applicabile l'accordo del 28 dicembre 2005 ed essendo stato soppresso l'ufficio (CUAS di Palermo) di precedente adibizione.

Si rileva che da essa si desume come la Corte palermitana non abbia tenuto conto della sentenza del Tribunale di Palermo n. 1728/06 del 5 aprile 2006 (confermata in appello con sentenza n. 479/2009) e dell'ordine di reintegra in essa contenuto, in base al quale la società POSTE ITALIANE era tenuta a riammettere in servizio la lavoratrice "nel posto di lavoro da ultimo occupato", salva la possibilità di trasferirla successivamente ad altra sede, previa dimostrazione della effettiva sussistenza delle ragioni tecnico- produttive e organizzative di cui all'art. 2103 cod. civ., in realtà mai provata.

Ne consegue la violazione anche dell'art. 1460 cod. civ., atteso che in un contratto a prestazioni compsettive una parte può non adempiere in caso di inadempimento dell'altra parte, come affermato dalla giurisprudenza di legittimità in fattispecie analoghe alla presente.

Peraltro, nel corso del giudizio, è stato pienamente dimostrato che la lavoratrice avrebbe potuto essere ricollocata presso la sede di Palermo della società datrice di lavoro, ove sono stati continuativamente assunti numerosi lavoratori precari anche negli anni 2006 e 2007 nella ex area operativa ove lavorava la ricorrente.

Si sottolinea altresì che la Corte territoriale non ha esaminato la documentazione in atti relativa alla soppressione del CUAS di Palermo e, in particolare, non ha considerato che nell'accordo sindacale del 21 marzo 2007 - che viene citato nella sentenza impugnata - le parti sociali hanno espressamente accertato la avvenuta conclusione della fase di gestione e ricollocazione delle risorse del CUAS di Palermo, secondo le previsioni del precedente accordo in data 28 dicembre 2005, ma soltanto a partire dalla data della stipula del nuovo accordo (21 marzo 2007, come si è detto), di un anno successiva al disposto trasferimento della ricorrente.

1.2.- Con il secondo motivo si denunciano: a) in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 3, violazione e/o falsa applicazione dell'accordo del 28 dicembre 2005 nonché degli artt. 1362 e 1363 cod. civ., con riguardo all'interpretazione delle clausole dell'accordo stesso;

violazione e/o falsa applicazione degli artt. 115 e 116 cod. proc. civ. e dell'art. 2697 cod. civ.; b) in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 5, omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione e/o omesso esame circa un fatto decisivo e controverso per il giudizio.

Dal testo del suddetto accordo risulta con chiarezza che le parti contraenti hanno inteso regolare la situazione di tutti i lavoratori in servizio presso il CUAS di Palermo al 28 dicembre 2005 (data della stipula dell'accordo). Tra questi lavoratori non poteva non essere compresa anche la M., la quale per effetto della sentenza n. 1728/2006 del Tribunale di Palermo cit., doveva considerarsi alle dipendenze della società ricorrente a decorrere dal 6 novembre 2000, data in cui è stata addetta al CUAS di Palermo.

Dalla CTU espletata in primo grado è emerso che la ricorrente si era collocata ad uno dei primi posti della graduatoria compilata in esecuzione al suddetto accordo sicché aveva diritto di essere riammessa in una struttura (filiale, agenzia etc.) della società POSTE avente sede nel Comune o nella Provincia di Palermo.

In questa situazione e in assenza di prove fornite dalla società circa le ragioni oggettive che avrebbero giustificato l'assegnazione della M. presso il CUAS di Bari, tale assegnazione non poteva non considerarsi illegittima.

1.3.- Con il terzo motivo si denunciano: a) in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 3, violazione e/o falsa applicazione dell'accordo del 21 marzo 2007 nonché degli artt. 1362 e 1363 cod. civ., con riguardo all'interpretazione delle clausole dell'accordo stesso anche in relazione al richiamo ivi contenuto all' accordo del 29 luglio 2004;

violazione e/o falsa applicazione degli artt. 115 e 116 cod. proc. civ. e dell'art. 2697 cod. civ.; b) violazione e falsa applicazione dell'art. 112 cod. proc. civ.: omessa pronuncia in relazione alla rilevata illegittimità dell'accordo del 21 marzo 2007 per violazione dell'art. 2 CCNL del 2003; c) in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 5, omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione e/o omesso esame circa un fatto decisivo e controverso per il giudizio.

Si sostiene che, diversamente da quanto affermato dalla Corte d'appello, l'accordo del 21 marzo 2007 non può in alcun modo essere preso a fondamento della legittimità della disposta assegnazione al CUAS di Bari e del successivo licenziamento, in quanto la materia da esso regolata - processi di riorganizzazione e/o ristrutturazione e/o trasformazione aziendale con ricadute sulle condizioni di lavoro riguardanti più di una sola Regione - è riservata alla contrattazione nazionale dall'art. 2 del CCNL del 2003.

La Corte palermitana non solo ha ignorato la relativa censura, tempestivamente proposta dalla lavoratrice, ma ha addirittura utilizzato il suddetto accordo per affermare la legittimità della condotta aziendale. Peraltro, l'accordo in oggetto è successivo ai fatti che rilevano nella presente vicenda, sicché non può che esserne del tutto estraneo.

1.4.- Con il quarto motivo si denunciano: a) in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 3, violazione e/o falsa applicazione della L. n. 604 del 1966, art. 2 e/o falsa applicazione degli artt. 112, 115 e 116 cod. proc. civ.; b) in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 5, omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione e/o omesso esame circa un fatto decisivo e controverso per il giudizio.

Si sottolinea che la lavoratrice, con lettera del 6 luglio 2006, nell'impugnare l'atto di assegnazione-trasferimento in oggetto, ha formalmente chiesto che le venissero comunicati i motivi della suddetta determinazione datoriale, ma la società POSTE ITALIANE non ha provveduto a rispondere nel termine previsto dalla L. n. 604 del 1966, art. 2.

Ne consegue che, in base alla giurisprudenza di legittimità, il trasferimento si deve considerare inefficace e ciò, insieme con l'omessa e seria dimostrazione della sussistenza dei presupposti del trasferimento stesso, si riflette sull'intimato licenziamento determinandone l'invalidità.

1.5.- Con il quinto motivo si denunciano: a) in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 3, violazione e/o falsa applicazione dell'art. 112 cod. proc. civ., degli artt. 1362 e 1363 cod. civ., con riguardo all'interpretazione dell'art. 37 del CCNL POSTE da applicare nella specie; violazione e/o falsa applicazione dell'art. 2697 cod. civ. e dell'art. 115 cod. proc. civ.; b) in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 5, omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione e/o omesso esame circa un fatto decisivo e controverso per il giudizio.

Si sottolinea che altra questione non esaminata dalla Corte territoriale è quella relativa al fatto che la ricorrente, avendo una famiglia a carico come attestato dallo stato di famiglia depositato in atti, aveva diritto ad un preavviso di sessanta giorni per il trasferimento, in base al suindicato art. 37 del CCNL, invece la società l'ha trasferita con nota del 5 luglio 2006 e con decorrenza dal 19 luglio 2006, dando generiche giustificazioni in merito alla riduzione drastica del termine di preavviso.

1.6.- Con il sesto motivo si denunciano: a) in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 3, violazione e/o falsa applicazione della L. n. 604 del 1966, artt. 3 e 5 nonché degli artt. 112, 115 e 414 cod. proc. civ. e degli artt. 1175, 1375 e 2697 cod. civ., "anche in relazione al principio di tempestività"; b) in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 5, omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione e/o omesso esame circa un fatto decisivo e controverso per il giudizio.

Si precisa che la lavoratrice ha, con lettera del 30 giugno 2006 - in risposta alla nota della società in data 20 giugno 2006 - contestato la legittimità del trasferimento intimato e dichiarato la propria disponibilità a lavorare presso la sede di Palermo (comprensiva sia del Comune sia della Provincia). La società ha proceduto alla contestazione disciplinare solo in data 27 settembre 2006 e al licenziamento il successivo 23 ottobre 2006, con palese violazione della L. n. 300 del 1970, art. 7 oltre che dell'art. 2106 cod. civ., per evidente sproporzione della sanzione irrogata, senza offrire alcuna prova a giustificazione del suo operato.

1.7.- Con il settimo motivo si denunciano: a) in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 3, violazione e/o falsa applicazione della L. n. 604 del 1966, art. 3, degli artt. 51, 52 e 53, art. 54, comma 4 e art. 72 CCNL POSTE dell'11 luglio 2003 nonché degli artt. 1362 e 1363 cod. civ., con riguardo all'interpretazione delle suddette clausole contrattuali, violazione e/o falsa applicazione degli artt. 112 e 115 cod. proc. civ. e dell'art. 2697 cod. civ.; b) in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 5, omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione e/o omesso esame circa un fatto decisivo e controverso per il giudizio. Insussistenza delle ragioni poste a base del licenziamento e difetto di proporzionalità della sanzione.

Il licenziamento con preavviso, in base all'art. 53 del CCNL presuppone che il datore di lavoro dimostri che il comportamento del dipendente abbia prodotto "interruzione o turbativa nella regolarità o nella continuità del servizio".

La società datrice di lavoro non ha articolato alcun mezzo di prova al riguardo, come si rileva agevolmente dalla lettura della memoria di costituzione in primo grado.

La Corte territoriale non ha esaminato tali questioni.

1.8.- Con l'ottavo motivo si denunciano: a) in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 3, violazione e/o falsa applicazione dell'art. 53 del CCNL POSTE dell'11 luglio 2003 nonché degli artt. 1362 e 1363 cod. civ., con riguardo all'interpretazione del suddetto art. 53; violazione e/o falsa applicazione degli artt. 112 e 115 cod. proc. civ. e dell'art. 2697 cod. civ.; b) in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 5, omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione e/o omesso esame circa un fatto decisivo e controverso per il giudizio.

L'art. 53 del CCNL indicato stabilisce che nel disporre il trasferimento la società POSTE ITALIANE debba tenere conto delle "condizioni personali e familiari del lavoratore interessato".

Nella specie la società ha omesso l'indispensabile preventiva attività istruttoria che avrebbe consentito alla lavoratrice di esporre le sue particolari condizioni di famiglia, che non erano compatibili con un trasferimento a 800 chilometri dal luogo di residenza suo e dei familiari, specialmente in considerazione della necessità di assistere la propria madre, invalida al 100% e inclusa nel certificato dello stato di famiglia, che la lavoratrice aveva allegato alla propria lettera di risposta al provvedimento di trasferimento.

1.9.- Con il nono motivo si denunciano: a) in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 3, violazione e/o falsa applicazione dell'art. 38 del CCNL dell'11 luglio 2003 nonché degli artt. 1362 e 1363 cod. civ., con riguardo all'interpretazione del suddetto art. 38; violazione e/o falsa applicazione degli artt. 112 e 115 cod. proc. civ. e dell'art. 2697 cod. civ.; b) in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 5, omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione e/o omesso esame circa un fatto decisivo e controverso per il giudizio.

Nel ricorso introduttivo la lavoratrice ha sostenuto che i plurimi trasferimenti individuali analoghi al proprio effettuati nel medesimo periodo dalla datrice di lavoro erano da trattare come licenziamenti collettivi e,

quindi, avrebbero dovuto essere preceduti da un confronto con le OO.SS. per la definizione dei criteri oggettivi in base ai quali individuare i lavoratori da trasferire.

1.10.- Con il decimo motivo si denuncia: a) in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 3, violazione della L. n. 604 del 1966, art. 5;

violazione e/o falsa applicazione degli artt. 112 e 115 cod. proc. civ. e dell'art. 2697 cod. civ.; b) in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 5, omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione e/o omesso esame circa un fatto decisivo e controverso per il giudizio.

E' pacifico che il licenziamento per giustificato motivo soggettivo di cui si discute presuppone la validità del trasferimento precedente, sicchè la società - indipendentemente dalla asserita chiusura del CUAS di Palermo - avrebbe dovuto dimostrare l'impossibilità di adibire la M. a mansioni compatibili con la qualifica di appartenenza, o anche inferiori se accettate, nell'ambito di un qualsiasi ufficio sito nel Comune o nella Provincia di Palermo, mentre ciò non è avvenuto, pur avendo l'interessata offerto la sua più ampia disponibilità al riguardo.

2 - Esame delle censure.

2.- Il ricorso è da accogliere, per le ragioni di seguito esposte.

3.- In primo luogo deve essere sottolineato che risulta pacificamente accertato che:

a) la lavoratrice ha ottenuto dal giudice del lavoro la declaratoria di nullità della clausola di apposizione del termine al contratto di lavoro stipulato con la società Poste Italiane per il periodo 7 novembre 2000-6 febbraio 2001 con sede di lavoro presso il CUAS di Palermo, con la conseguente condanna della società a riammetterla in servizio nel posto precedentemente occupato (sentenza del Tribunale di Palermo n. 1728/06 del 5 aprile 2006, in atti);

b) tuttavia, la datrice di lavoro, in asserita esecuzione di tale sentenza, sul presupposto dell'avvenuta chiusura dell'unità produttiva presso la quale aveva originariamente prestato la propria attività lavorativa, ha disposto l'assegnazione della M. presso il CUAS di Bari, sede diversa da quella assegnata in origine situata a 800 chilometri di distanza dalla sede di prima assegnazione nonché dal luogo di residenza della lavoratrice e dei suoi familiari, tra cui la madre invalida al 100% e bisognevole di cure;

c) conseguentemente, la lavoratrice, ritenendo tale provvedimento (di trasferimento implicito) (illegittimo, ne ha rifiutato l'esecuzione, offrendo nel contempo la propria prestazione lavorativa presso la originaria sede di Palermo (comprensiva sia del Comune sia della Provincia) e a causa di tale rifiuto è stata licenziata.

4.- Secondo consolidati orientamenti di questa Corte - applicati anche in controversie analoghe alla presente (riguardanti dipendenti delle Poste Italiane s.p.a., reintegrati, dopo la declaratoria di nullità dell'apposizione del termine inserito nel contratto di lavoro, in sedi di lavoro diverse da quella originaria) e, in particolare, di recente, seguiti da Cass. 14 luglio 2014, n. 16087, riguardante una controversia uguale alla presente, nella quale è stata esaminata la situazione di una degli altri lavoratori i cui contratti a termine sono stati dichiarati nulli insieme con quello della M. con la medesima sentenza del Tribunale di Palermo n. 1728/2006 - cui il Collegio intende dare continuità:

a) la ottemperanza del datore di lavoro all'ordine giudiziale di riammissione in servizio, a seguito di accertamento della nullità dell'apposizione di un termine al contratto di lavoro, implica il ripristino della posizione di lavoro del dipendente, il cui reinserimento nell'attività lavorativa deve quindi avvenire nel luogo precedente e nelle mansioni originarie, a meno che il datore di lavoro non intenda disporre il trasferimento del lavoratore ad altra unità produttiva, e sempre che il mutamento della sede sia giustificato da sufficienti ragioni tecniche, organizzative e produttive, in mancanza delle quali è configurabile una condotta datoriale illecita, che giustifica la mancata ottemperanza a tale provvedimento da parte del lavoratore, sia in attuazione di un'eccezione di inadempiamento ai sensi dell'art. 1460 cod. civ., sia sulla base del rilievo che gli atti nulli non producono effetti (Cass. 9 agosto 2013, n. 19095; Cass. 16 maggio 2013, n. 11927; Cass. 23 novembre 2010, n. 23677; Cass. 30 dicembre 2009, n. 27844 nello stesso senso, Cass. 2 ottobre 2002, n. 14142);

b) in particolare, resta, anche fermo che, nel caso suindicato, ove sia contestata la legittimità del trasferimento, il datore di lavoro, a prescindere da qualsiasi richiesta in tal senso da parte del lavoratore, ha l'onere di allegare e provare in giudizio le fondate ragioni che lo hanno determinato e, se può integrare o modificare la motivazione eventualmente enunciata nel provvedimento, non può limitarsi a negare la sussistenza dei motivi di illegittimità oggetto di allegazione e richiesta probatoria della controparte, ma deve comunque provare le reali ragioni tecniche, organizzative e produttive che giustificano il provvedimento in quanto si tratta di un provvedimento che rappresenta una eccezione rispetto alla regola del ripristino della originaria posizione di lavoro del dipendente reintegrato al quale pertanto non si applica il regime generale in base al quale il provvedimento di trasferimento, in quanto tale, non è soggetto ad alcun onere di forma e non deve necessariamente contenere l'indicazione dei motivi, nè il datore di lavoro ha l'obbligo di rispondere al lavoratore che li richieda (Cass. 17 maggio 2010, n. 11984; Cass. 9 agosto 2013, n. 19095);

c) inoltre, una volta che - in assenza di comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive idonee a giustificare il mutamento di sede (Cass. 5 aprile 2007, n. 8584; Cass. 16 maggio 2013, n. 11927) - sia stato effettuato il ripristino della posizione di lavoro del dipendente, con reinserimento nell'attività lavorativa nel luogo e nelle mansioni originarie (intendendosi il rapporto contrattuale come mai cessato), in corretta ottemperanza del comando giudiziale di riammissione in servizio a seguito di accertamento della nullità dell'apposizione di un termine al contratto di lavoro, il datore di lavoro può comunque, successivamente, disporre il trasferimento del lavoratore reintegrato, ma osservando la relativa normativa e in applicazione dei generali canoni della correttezza e buona fede (Cass. 2 luglio 1999, n. 6847; Cass. 9 agosto 2002, n. 12123; Cass. 23 novembre 2010, n. 23677).

5.- Come risulta dalla su riportata ricostruzione della vicenda, la Corte d'appello, con inadeguata motivazione, non si è uniformata ai suindicati principi, la cui applicazione alla presente fattispecie avrebbe dovuto indurla a considerare il trasferimento di sede in oggetto del tutto illegittimo, trattandosi di una vicenda che presenta caratteristiche del tutto peculiari che la differenziano da altre, anche di recente esaminate da questa Corte,

nelle quali l'esercizio, da parte del datore di lavoro, in sede di riammissione di lavoratori effettuata a seguito di declaratoria di illegittimità del termine apposto al contratto di lavoro, dello jus variandi mediante il trasferimento ad una unità produttiva diversa da quella originaria è stato considerato legittimo (vedi, per tutte: Cass. 12 gennaio 2015, n. 213; Cass. 5 marzo 2015, n. 4474).

Ciò in quanto nella presente controversia, a differenza che nei citati casi, il comportamento datoriale, quale emerge dalla ricostruzione dei fatti eseguita dalla Corte territoriale, non può considerarsi conforme all'art. 2103 cod. civ. e alle garanzie ivi previste, che pur non presupponendo necessariamente la previa assegnazione alla precedente sede di lavoro, comunque richiedono che la condotta datoriale sia rispettosa oltre che degli oneri probatori specificamente previsti, anche dei principi di buona fede e correttezza e dei diritti fondamentali dei lavoratori. Invece dalla sentenza impugnata:

a) non risulta che POSTE ITALIANE s.p.a. abbia comprovato le reali ragioni tecniche, organizzative e produttive poste a giustificazione del provvedimento di cui si tratta, che rappresenta una eccezione rispetto alla regola del ripristino della originaria posizione di lavoro del dipendente reintegrato;

b) neppure risulta che la società abbia fornito, sebbene richiesta, adeguata motivazione in merito alla mancata considerazione della situazione familiare della lavoratrice;.

6.- A tale ultimo riguardo va anzi precisato che la circostanza che la lavoratrice non godesse dei benefici di cui alla L. n. 104 del 1992, art. 3 (evidenziata nel controricorso, a p. 14) appare del tutto ininfluenza nella vicenda in oggetto, ove si consideri che la società non ha negato l'autenticità del certificato dello stato di famiglia della lavoratrice, nel quale era presente anche la madre di questa nè ha negato che la madre fosse invalida al 100% .

Infatti, come risulta in primo luogo dalla consolidata giurisprudenza costituzionale, con la L. 5 febbraio 1992, n. 104 (Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate) il legislatore ha preso in particolare considerazione l'esigenza di favorire la socializzazione del soggetto disabile, predisponendo strumenti rivolti ad agevolare il suo pieno inserimento nella famiglia, nella scuola e nel lavoro, in attuazione del principio, espresso anche dalla stessa Corte costituzionale nella sentenza n. 215 del 1987, secondo il quale la socializzazione in tutte le sue modalità esplicative è un fondamentale fattore di sviluppo della personalità ed un idoneo strumento di tutela della salute del portatore di handicap, intesa nella sua accezione più ampia di salute psico-fisica (vedi Corte cost., sentenza n. 350 del 2003 nonché sentenze n. 167 del 1999, n. 226 del 2001 e n. 467 del 2002).

In questo quadro, è stato altresì posto l'accento sul ruolo fondamentale della famiglia "nella cura e nell'assistenza dei soggetti portatori di handicap" (Corte cost., sentenze n. 203 del 2013; n. 329 del 2011; n. 19 del 2009; n. 158 del 2007; n. 233 del 2005), sottolineandosi, così, che una tutela piena dei soggetti deboli (e, in particolare dei portatori di handicap gravi, quale la madre della M.) richiede, oltre alle necessarie prestazioni sanitarie e di riabilitazione, anche la cura, l'inserimento sociale e, soprattutto, la continuità delle relazioni costitutive della personalità umana (Corte cost, sentenza n. 203 del 2013).

7.- D'altra parte, la giurisprudenza di questa Corte, nell'uniformarsi all'indicato orientamento della Corte costituzionale, ha, da tempo, affermato che della L. n. 104 del 1992 cit., art. 33, comma 5, si deve dare una interpretazione orientata alla complessiva considerazione dei principi e dei valori costituzionali coinvolti (come delineati, in particolare, dalla Corte cost. con le sentenze n. 406 del 1992 e n. 325 del 1996), sicché il diritto del familiare lavoratore, con rapporto di lavoro pubblico o privato, che assista con continuità un parente od un affine entro il terzo grado handicappato, di non essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede, non può subire limitazioni in caso di mobilità connessa ad ordinarie esigenze tecnico-produttive dell'azienda ovvero della P.A. (Cass. SU 9 luglio 2009, n. 16102).

Di recente, è stato anche aggiunto che sempre sulla base di una interpretazione costituzionalmente orientata della suindicata disposizione - effettuata alla luce dell'art. 3 Cost., comma 2, dell'art. 26 della Carta di Nizza e della Convenzione delle Nazioni Unite del 13 dicembre 2006 sui diritti dei disabili, ratificata con L. n. 18 del 2009 - il trasferimento del lavoratore che assiste un familiare disabile è vietato anche quando il grado di disabilità dell'assistito non si configuri come grave, a meno che il datore di lavoro, a fronte della natura e del grado di infermità psico-fisica del familiare, provi la sussistenza di esigenze aziendali effettive ed urgenti, insuscettibili di essere altrimenti soddisfatte (Cass. 7 giugno 2012, n. 9201).

E' noto che l'applicabilità della suindicata norma sui trasferimenti - la cui disciplina è oggi accomunata a quelli dei permessi retribuiti - presuppone che la condizione di disabilità sia stata accertata dalla Commissione istituita presso la competente Azienda Sanitaria Locale, ai sensi della medesima L. n. 104 del 1992, art. 4 (vedi, per tutte: Cass. 3 maggio 2013, n. 10338) e, nella specie, tale requisito non risulta essere presente. Tuttavia, sulla base della citata Convenzione ONU, pienamente efficace ed operativa nel nostro ordinamento (vedi, sul punto: Cass. 6 aprile 2011, n. 7889) - alla quale, anche la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, a partire dalla sentenza dell'11 aprile 2013 (cause riunite C-335/11 e C-337/11, HK Danmark, C-335:11), ha precisato che bisogna fare riferimento per la nozione di handicap, nell'interpretazione delle direttive in materia di diritto antidiscriminatorio, non contenenti una simile nozione - si deve ritenere che la società POSTE ITALIANE non potesse ignorare la complessiva situazione familiare della lavoratrice e, quindi, anche da questo punto di vista, dovesse astenersi dal disporre l'impugnato trasferimento, essendo comunque obbligata a rispettare la suindicata Convenzione, finalizzata ad assicurare a garantire alle persone disabili un più adeguato livello di vita e di protezione sociale, in tutti gli ambiti.

Tanto più che, di questa tutela più efficace, come si è detto, un tassello importante è rappresentato dalla famiglia, il che presuppone anche la previsione di una adeguata regolamentazione del contratto di lavoro dei familiari conviventi con la persona tutelata (a prescindere dalla fruizione dei benefici di cui alla L. n. 104 del 1992 cit.)..

8.- Questa interpretazione - che è opposta a quella proposta dalla attuale controricorrente, secondo cui "in ogni caso anche l'invalida avrebbe potuto trasferirsi temporaneamente con la famiglia" - rappresenta una - sia pure indiretta - l'applicazione della sentenza della CGUE 4 luglio 2013, C-312/11, Commissione

c. Italia, nella quale, in base ai suddetti principi, la Corte di Giustizia ha stabilito che il nostro Paese, non avendo imposto a tutti i datori di lavoro di prevedere, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, soluzioni ragionevoli applicabili a tutti i disabili, è venuta meno al suo obbligo di recepire correttamente e completamente l'art. 5 della citata direttiva 2000/78/CE, in materia di pari dignità di trattamento in materia di condizioni di lavoro.

La CGUE ha aggiunto che la suindicata Convenzione ONU (spec. art. 2, comma 4) stabilisce che si devono porre in essere gli "accomodamenti ragionevoli" per favorire le persone disabili, intendendosi per tali volti le modifiche e gli adattamenti necessari ed appropriati che non impongano un onere sproporzionato o eccessivo da adottare, ove ve ne sia necessità in casi particolari, per garantire alle persone disabili, nelle diverse situazioni, il godimento e l'esercizio di tutti i diritti umani e di tutte le libertà fondamentali su base di uguaglianza con gli altri.

In particolare, i datori di lavoro o qualsiasi persona o organizzazione a cui si applica la suddetta direttiva - cioè a tutte le persone, sia del settore pubblico che del settore privato, compresi gli organismi di diritto pubblico (art. 3 della direttiva stessa) - devono essere obbligati dalla legislazione nazionale ad adottare 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. E per stabilire se le misure in questione danno luogo a oneri finanziari sproporzionati, è necessario tener conto in particolare dei costi finanziari o di altro tipo che esse comportano, delle dimensioni e delle risorse finanziarie dell'organizzazione o dell'impresa e della possibilità di ottenere fondi pubblici o altre sovvenzioni.

La CGUE ha così confermato l'impianto accusatorio della Commissione Europea che aveva avviato una procedura di infrazione sul principale rilievo secondo cui "le garanzie e le agevolazioni previste a favore dei disabili in materia di occupazione dalla normativa italiana non riguardano tutti i disabili, tutti i datori di lavoro e tutti i diversi aspetti del rapporto di lavoro".

Quasi contemporaneamente all'emanazione dell'indicata sentenza è stato adottato il D.L. 28 giugno 2013, n. 76, convertito dalla L. 9 agosto 2013, n. 99, che contiene alcune modifiche della precedente normativa sull'inserimento dei disabili nel mondo del lavoro. Tale normativa è ancora all'esame della Commissione UE. Se la Commissione la reputerà ancora insufficiente potrebbe avviare una nuova procedura di infrazione, che potrebbe concludersi con pesanti multe per l'Italia.

9.- In questa complessiva situazione, il trasferimento in oggetto risulta, per le molteplici ragioni fin qui indicate, palesemente illegittimo perchè adottato in patente violazione delle norme che disciplinano, in generale, il trasferimento del lavoratore nonché delle fondamentali regole di correttezza e buona fede contrattuale, oltre a risultare in contrasto con la normativa che tutela le persone con disabilità.

Ne consegue che esso integra una condotta illecita implicante un inadempimento del contratto di lavoro, sì che nessuna comparazione di contrapposti interessi sarebbe stata consentita al giudice di merito, dovendosi conseguentemente considerare la mancata ottemperanza a tale provvedimento da parte della lavoratrice pienamente giustificata sia quale attuazione di un'eccezione di inadempimento (art. 1460 cod. civ.), sia in base al principio secondo cui gli atti nulli non producono effetti, non potendosi ritenere che sussista una presunzione di legittimità dei provvedimenti aziendali, che imponga l'ottemperanza agli stessi fino a un contrario accertamento in giudizio (vedi Cass. 9 agosto 2013, n. 19095 cit. e precedenti ivi richiamati).

Dalle anzidette considerazioni deriva l'illegittimità del licenziamento per assenza dal servizio, intimato dalla società pur dopo la puntuale deduzione di illegittimità della nuova destinazione effettuata dalla lavoratrice nella lettera di risposta alla nota di addebito.

10.- Non appare, al riguardo, condivisibile l'assunto della Corte palermitana secondo cui l'accordo aziendale del 28 dicembre 2005, relativo alla ricollocazione del personale in servizio alla data dell'accordo stesso occupato presso il soppresso CUAS di Palermo, non sarebbe applicabile alla M. perchè alla data suindicata la lavoratrice non poteva essere considerata "in servizio" sulla sola base della citata sentenza del Tribunale di Palermo n. 1728/06 con la quale è stata dichiarata la nullità della clausola appositiva del termine contenuta nel contratto in oggetto.

Tale statuizione, infatti, si pone in contrasto con il suddetto costante indirizzo di questa Corte in base al quale la riammissione in servizio del lavoratore disposta a seguito di accertamento giudiziale della nullità dell'apposizione di un termine al contratto di lavoro presuppone che il rapporto contrattuale si intenda come mai cessato, implicando la continuità dello stesso - che, nella specie, si è illegittimamente interrotta a partire dal 6 febbraio 2001 - che la prestazione deve persistere con la sua originaria configurazione (per mansioni svolte e per sede di lavoro), salva la possibilità, per il datore di lavoro, di esercitare lo jus variandi, ma nei sindacati limiti.

3 - Conclusioni.

11.- Le suddette considerazioni portano all'accoglimento del ricorso per le anzidette ragioni, assorbenti rispetto ad ogni altra censura.

La sentenza impugnata deve essere, quindi, cassata e, non essendo necessari ulteriori accertamenti di fatto, la causa può essere decisa nel merito, confermando la sentenza del Tribunale di Palermo n. 1784/09, dichiarativa della illegittimità del licenziamento intimato alla M. con nota ricevuta il data 7 novembre 2006, con le consequenziali pronunce e con la precisazione che l'espressione "il proprio posto di lavoro", presente nel capo del dispositivo della suddetta sentenza relativo alla reintegrazione della lavoratrice deve essere intesa riguardante il posto di lavoro determinato in coerenza con l'accordo aziendale del 28 dicembre 2005. La natura delle questioni trattate e la diversa soluzione, rispettivamente, adottata dai giudici dei due gradi di merito, giustificano la compensazione, tra le parti, delle spese dei due gradi di merito del giudizio.

Invece, le spese del presente giudizio di cassazione seguono la soccombenza e sono liquidate nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso, cassa la sentenza impugnata e, decidendo nel merito, conferma la sentenza del Tribunale di Palermo n. 1784/09 28 maggio 2009. Compensa, tra le parti, le spese dei due gradi di merito del giudizio. Condanna Poste Italiane s.p.a. al pagamento delle spese del presente giudizio di cassazione, liquidate in Euro 100,00 (cento/00) per esborsi, Euro 4000,00 (quattromila/00) per compensi professionali, oltre accessori come per legge.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della Sezione lavoro, il 10 settembre 2015.

Depositato in Cancelleria il 3 novembre 2015

Cass. civ. Sez. lavoro, Sent., (ud. 11/04/2018) 27-09-2018, n. 23338

LAVORO E PREVIDENZA (CONTROVERSIE IN TEMA DI)

Sentenza ed ordinanza

LAVORO SUBORDINATO (RAPPORTO DI)

Licenziamento

Fatto Diritto P.Q.M.

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

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. DI CERBO Vincenzo - Presidente -
Dott. LORITO Matilde - Consigliere -
Dott. LEONE Margherita Maria - Consigliere -
Dott. PONTERIO Carla - rel. Consigliere -
Dott. MAROTTA Caterina - Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso 18348-2016 proposto da:

L.A., elettivamente domiciliata in ROMA, VIA MONTE ZEBIO 32, presso lo studio dell'avvocato LUCIANO TAMBURRO, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato ANTONIO VALLEBONA, giusta delega in atti;

- ricorrente -

contro

INTERFARMA S.C.A.R.L., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA L.G. FARAVELLI 22, presso lo studio dell'avvocato ARTURO MARESCA, che la rappresenta e difende, giusta delega in atti;

- controricorrente -

avverso la sentenza n. 3765/2016 della CORTE D'APPELLO di ROMA, depositata il 27/06/2016 R.G.N. 4373/2015;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 11/04/2018 dal Consigliere Dott. CARLA PONTERIO;

udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. FRESA Mario, che ha concluso per il rigetto del ricorso;

uditi gli Avvocati ANTONIO VALLEBONA, LUCIANO TAMBURRO;

udito l'Avvocato CAMILLA NANNETTI per delega verbale Avvocato ARTURO MARESCA.

Svolgimento del processo

1. La Corte d'appello di Roma, con sentenza n. 3765 pubblicata il 27.6.16, in accoglimento del reclamo principale proposto da Interfarma s.c.a.r.l. e in totale riforma della sentenza di primo grado, ha respinto le domande della ricorrente volte alla declaratoria di nullità e, in subordine, di illegittimità o inefficacia del licenziamento per giustificato motivo oggettivo intimato con lettera del 20.5.2013, ed ha dichiarato assorbito il reclamo incidentale della lavoratrice.

2. La Corte territoriale ha premesso in fatto che:

- la lavoratrice era dipendente della società dal 1996, inquadrata fino al 2008 nel livello 2[^] e poi nel livello 3[^], unica addetta al settore amministrativo fino al 2009, quando era stata affiancata da un'altra dipendente, sig.ra S.;

- dal marzo 2012 la ricorrente era stata costretta ad assentarsi dal lavoro per una grave patologia, fino al maggio 2013; con e.mail del 2.5.2013 aveva annunciato al Dott. Le., legale rappresentante della società, la ripresa del lavoro a far data dal 13.5.2013;

- tale ripresa era stata differita dalla società per una derattizzazione in corso presso la sede e con e.mail del 16.5.2013 la lavoratrice era stata convocata per un colloquio fissato per il giorno 20.5.2013;

- all'esito del colloquio, registrato dalla dipendente, la società aveva comunicato il recesso dal rapporto di lavoro con effetto immediato e riconoscimento dell'indennità sostitutiva del preavviso;

- nella lettera di licenziamento la società aveva spiegato che la decisione si era resa necessaria per "il calo di lavoro considerevole, con relativo decremento degli introiti, che (ci) impone un'indispensabile riduzione dei costi... e soppressione del suo posto di lavoro. Conoscendo la struttura sa anche che non abbiamo possibilità di poterla ricollocare in altra mansione";

- il Tribunale, all'esito della fase sommaria, aveva accolto il ricorso della lavoratrice dichiarando nullo il licenziamento perchè determinato da motivo illecito unico e determinante ed aveva poi respinto, nella fase successiva, l'opposizione proposta dalla società;

3. La Corte d'appello ha precisato, in diritto, richiamando la sentenza Cass. n. 6575 del 2016, come il licenziamento discriminatorio prescindesse dall'esistenza di un motivo illecito determinante e come la natura

discriminatoria non potesse essere esclusa dalla concorrenza di un'altra finalità, pur legittima, quale il motivo economico.

4. Ha ribadito come incombesse sulla lavoratrice l'onere di prova, anche attraverso presunzioni, della natura discriminatoria del recesso.

5. Ha ritenuto rilevante l'indagine sul giustificato motivo oggettivo di licenziamento ai fini della prova presuntiva della discriminazione, potendo l'esistenza di una ragione economica indebolire, senza ovviamente eluderla, la natura discriminatoria laddove l'inesistenza di ragioni oggettive potrebbe costituire elemento indiziario della discriminazione stessa.

6. Ha ritenuto integrato il giustificato motivo oggettivo di licenziamento in ragione delle notevoli perdite risultanti dai bilanci relativi agli anni 2011 e 2012, del carattere duraturo e non contingente della crisi economica, della diretta incidenza di tale condizione di crisi sulla decisione di recesso adottata dalla società, appena possibile e quindi in coincidenza con la fine del periodo di assenza per malattia della lavoratrice, della mancata assunzione di altri dipendenti dopo il recesso, essendosi stabilmente ridotto l'organico ad una unità.

7. La Corte territoriale ha escluso che la natura discriminatoria potesse desumersi dalla scelta della reclamata, quale dipendente da licenziare, atteso che, dato l'organico di due unità, sussisteva un divieto di recesso nei confronti dell'altra dipendente, ai sensi del D.Lgs. n. 151 del 2001, art. 54, comma 9, per avere la stessa avuto in affidamento un bambino in data 23.7.2012, e la reclamata non era all'epoca in condizioni di handicap grave, riconosciuto in data 23.12.2013.

8. Ha ritenuto che non potessero costituire indici di discriminazione l'addestramento impartito dalla sig.ra L. alla collega S. prima dell'assenza per malattia o l'invito rivolto alla L. dal datore di prolungare il periodo di comporto, trattandosi di condotte logicamente spiegabili, la prima in base all'esigenza di corretto funzionamento dell'ufficio in assenza della L. e la seconda col tentativo di andare incontro alle difficoltà della dipendente rispetto alla decisione aziendale di recesso.

9. Parimenti poco significativi, anche se globalmente considerati, apparivano il rinvio della ripresa del lavoro motivato dalla derattizzazione in corso, il tentativo di evitare il contenzioso ed anche il contenuto del colloquio del 20.5.2013, registrato dalla dipendente e ritenuto utilizzabile dalla Corte d'appello e che confermava l'esigenza primaria della società di far fronte ai problemi economici.

10. Per la cassazione della sentenza ha proposto ricorso la sig.ra L., affidato a tre motivi, cui ha resistito con controricorso la società.

11. Entrambe le parti hanno depositato memoria, ai sensi dell'art. 378 c.p.c..

Motivi della decisione

1. Col primo motivo di ricorso la lavoratrice ha dedotto violazione e falsa applicazione dell'art. 161 c.p.c., art. 437 c.p.c., comma 1, art. 438 c.p.c., in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 4, per non avere la Corte territoriale emesso il dispositivo all'udienza di discussione, depositando la sentenza dopo alcuni giorni.

2. Il motivo è infondato.

3. Il procedimento in oggetto si è svolto secondo il rito introdotto dalla L. n. 92 del 2012, il cui art. 1, comma 60, prevede, tra l'altro: "La Corte d'appello, sentite le parti, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione ammessi e provvede con sentenza all'accoglimento o al rigetto della domanda, dando, ove opportuno, termine alle parti per il deposito di note difensive fino a dieci giorni prima dell'udienza di discussione. La sentenza, completa di motivazione, deve essere depositata in cancelleria entro dieci giorni dall'udienza di discussione".

4. Il citato comma 60, al pari del comma 57 per la fase di opposizione, ha introdotto una regola peculiare idonea, dal punto di vista sia letterale e sia logico, a descrivere una modalità alternativa, rispetto alle previsioni del rito del lavoro (artt. 437, 438 e 429 c.p.c.), quanto ai tempi e ai modi di pronuncia della sentenza e di deposito della stessa, che non contemplano la lettura del dispositivo all'esito della discussione.

5. E' significativo, a sostegno della interpretazione adottata, come il comma 60 della L. n. 92 del 2012, art. 1, non contenga alcun riferimento agli artt. 437 e 438 c.p.c., ed analogamente il comma 57 rispetto all'art. 429 c.p.c., laddove altri commi del medesimo articolo 1 richiamano espressamente diverse disposizioni del rito ordinario del lavoro; in particolare, richiamano l'art. 421 c.p.c., commi 49 e 57, art. 414 c.p.c., comma 51, art. 416 c.p.c., comma 53, art. 327 c.p.c., comma 61.

6. Questa Corte ha statuito come "la L. n. 92 del 2012, ha introdotto un nuovo rito speciale, la cui disciplina va osservata senza possibilità di essere derogata dai principi generali dell'ordinamento, salva la necessità di integrazione del rito in caso di lacuna del dettato normativo", (Cass. n. 14098 del 2016) ed ha già rilevato, in riferimento al primo grado, come "nel c.d. rito Fornero... non è prevista, al termine della discussione, la lettura del dispositivo e della concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione", (Cass. n. 18865 del 2016).

7. Posto che non si è di fronte ad una lacuna bensì ad una diversa disciplina dettata dal rito speciale di cui alla L. n. 92 del 2012 e considerato che la Corte d'appello si è puntualmente conformata a tale disciplina, nessuna nullità è ravvisabile, risultando infondato il primo motivo di ricorso.

8. Col secondo motivo la lavoratrice ha dedotto violazione e falsa applicazione della L. n. 604 del 1966, art. 3, in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, per avere la sentenza impugnata erroneamente affermato l'esistenza di un giustificato motivo oggettivo di licenziamento.

9. Ha sottolineato l'inidoneità di una crisi risalente, come nel caso di specie al 2011, ad integrare le ragioni di cui alla L. n. 604 del 1966, art. 3.

10. Il motivo non può trovare accoglimento.

11. Come più volte affermato da questa Corte, la L. n. 604 del 1966, art. 3, definendo il giustificato motivo oggettivo di licenziamento attraverso le "ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro

e al regolare funzionamento di essa", configura una disposizione (ascrivibile alla tipologia delle c.d. clausole generali) di limitato contenuto, delineante un modulo generico che richiede di essere specificato in sede interpretativa.

12. Le specificazioni del parametro normativo hanno natura giuridica, e la loro disapplicazione è deducibile in sede di legittimità come violazione di legge (cfr. Cass. n. 2901 del 2016; Cass. n. 6501 del 2013; Cass. n. 6498 del 2012), mentre l'accertamento della concreta ricorrenza, nel fatto dedotto in giudizio, degli elementi che integrano il parametro normativo e le sue specificazioni, e della loro concreta attitudine a costituire giustificato motivo oggettivo di licenziamento, si pone sul diverso piano del giudizio di fatto, demandato al giudice di merito e incensurabile in Cassazione se privo di errori logici o giuridici.

13. La Corte d'appello si è attenuta ai principi, ribaditi anche di recente da questa Corte, secondo cui, ai fini della legittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, occorre che le "ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa", che devono essere poste esplicitamente a base della decisione di recesso, determinino causalmente un effettivo mutamento dell'assetto organizzativo aziendale da cui derivi la soppressione di una individuata posizione lavorativa, (cfr. Cass. n. 13015 del 2017; Cass. n. 10699 del 2017; Cass. n. 4015 del 2017; Cass. n. 25201 del 2016);

14. Nel caso di specie, la Corte territoriale ha ritenuto che fossero dimostrate le notevoli perdite economiche, tali da rendere necessario un intervento riorganizzativo concretizzatosi nella riduzione dell'organico aziendale da due ad una unità amministrativa. Ha escluso che la situazione di crisi economica, posta a base del ridimensionamento aziendale, avesse carattere risalente atteso che, al contrario, i dati risultanti dal bilancio 2011 e quelli ancora peggiori del bilancio 2012, rivelavano il carattere non transeunte della contrazione degli affari. Ha sottolineato come la società avesse atteso, per intimare il licenziamento, la fine dell'assenza per malattia della dipendente e come nessuna assunzione fosse stata effettuata dopo il recesso, confermandosi la adeguatezza della consistenza del personale come pari ad una unità.

15. La sentenza impugnata si è attenuta ai canoni normativi sopra enunciati e, con motivazione corretta dal punto di vista logico e giuridico, ha ritenuto assolto l'onere di prova della sussistenza del giustificato motivo oggettivo di recesso.

16. Col terzo motivo di ricorso la lavoratrice ha dedotto violazione e falsa applicazione degli artt. 1345 e 2729 c.c., artt. 115 e 116 c.p.c., L. n. 300 del 1970, artt. 15 e 18, come modificato dalla L. n. 92 del 2012, D.Lgs. n. 216 del 2003, in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, per avere la sentenza erroneamente affermato l'inesistenza di un motivo illecito determinante e della discriminazione per handicap riguardo al licenziamento intimato alla dipendente.

17. Ha argomentato come l'insussistenza del giustificato motivo oggetto, di cui al precedente motivo di ricorso, costituisse indizio della discriminazione.

18. Ha denunciato come erronea in diritto la valutazione operata dalla Corte territoriale per non aver ravvisato negli elementi di fatto analizzati, e specificamente riportati a pagina 22 del ricorso, e nella loro scansione temporale (valorizzata dai giudici di primo grado) indizi gravi, precisi e concordanti del motivo illecito determinante del licenziamento o del carattere discriminatorio dello stesso.

19. Ha censurato la valutazione operata dalla Corte d'appello sui singoli elementi indiziari e sulla loro valenza complessiva, sottolineando: la rilevanza della condizione di malattia della lavoratrice, a prescindere dal riconoscimento dello stato di handicap grave; la richiesta datoriale alla L. di addestramento della collega S. prima della prolungata assenza; la conoscenza che la società aveva avuto della necessità della L., una volta rientrata in servizio, di assentarsi frequentemente per cure e controlli; il differimento della ripresa del lavoro per derattizzazione; l'accento, nel colloquio registrato, al maggior costo della L. rispetto all'altra dipendente; l'invito datoriale a prolungare la malattia per la durata del comporto.

20. Ha richiamato la normativa interna e sovranazionale, in particolare la direttiva Europea n. 2000/78, la Convenzione Onu sui diritti delle persone con disabilità, la decisione dell'Unione n. 48 del 2010 di approvazione della Convenzione Onu, nonché la giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte di Cassazione ed il regime probatorio agevolato in materia di tutela antidiscriminatoria, argomentando l'errore in diritto della Corte territoriale nell'esclusione della natura discriminatoria per handicap del licenziamento intimato alla controricorrente.

21. Devi premettersi che, sebbene l'ordinanza pronunciata all'esito della fase sommaria e la sentenza d'opposizione avessero dichiarato la nullità del licenziamento per motivo illecito determinante, la Corte d'appello ha correttamente esaminato anche le censure relative al carattere discriminatorio del recesso, riproposte dalla lavoratrice nella memoria di costituzione in sede di reclamo, come si desume da pag. 14 della sentenza d'appello.

22. Non era necessaria la proposizione di un reclamo incidentale essendo risultata la lavoratrice pienamente vittoriosa nel merito in primo grado, (cfr. Cass. n. 2091 del 2018; Cass. n. 24124 del 2016; Cass. n. 24021 del 2010; Cass. n. 14267 del 1999).

23. Deve ancora precisarsi come il rigetto del secondo motivo di ricorso per cassazione, quindi la conferma della statuizione sulla sussistenza del giustificato motivo oggettivo di licenziamento, porti a ritenere infondata la censura di erronea esclusione del motivo illecito determinante.

24. Questa Corte ha difatti affermato che il motivo illecito è causa di nullità del licenziamento solo quando ha carattere esclusivo e determinante, sicché la nullità deve essere esclusa quando con lo stesso concorra, nella determinazione del licenziamento, una giusta causa o un giustificato motivo, (cfr. Cass. n. 12349 del 2003); a proposito del motivo ritorsivo ha ribadito come esso determini la nullità del licenziamento quando sia stato l'unico determinante e sempre che il lavoratore ne abbia fornito prova, anche con presunzioni, (cfr. Cass. n. 3986 del 2015; Cass. n. 17087 del 2011; Cass. n. 6282 del 2011; Cass. n. 16155 del 2009).

25. Quanto al licenziamento discriminatorio, del tutto infondati sono i rilievi della società sull'improprio riferimento all'handicap nella fattispecie in esame.

26. La sentenza emessa in sede di reclamo, all'esito di un approfondito esame, ha ritenuto che non fossero configurabili indizi di discriminatorietà "nè in relazione allo stato patologico della ricorrente nè, in ipotesi, al suo vissuto professionale o alla sua condotta personale".

27. Lo stato patologico della lavoratrice, quindi la malattia da cui la stessa era risultata affetta, è stato specificamente esaminato quale possibile fattore di discriminazione. Dato il carattere nominato dei fattori di discriminazione, la condizione di malattia può rilevare unicamente attraverso la nozione di handicap. 28. E' chiaro che il fattore di discriminazione invocato è costituito dalla condizione di malattia/handicap della lavoratrice, utilizzata dai giudici di primo grado ai fini del motivo illecito determinante, cioè della volontà datoriale di disfarsi della dipendente che avrebbe avuto necessità di assentarsi frequentemente dal lavoro per cure e controlli, e presa in esame dalla Corte d'appello.

29. La Direttiva n. 2000/78, attuata in Italia dal D.Lgs. 9 luglio 2003, n. 216, ha disposto l'applicazione del principio di parità di trattamento senza distinzione di religione, di convinzioni personali, di handicap, di età e di orientamento sessuale per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro, che includono anche le condizioni di licenziamento, a tutte le persone sia nel settore pubblico che privato, garantendone la tutela giurisdizionale.

30. Sul punto, questa Corte (Cass. n. 6798 del 2018; Cass. n. 17867 del 2016) ha richiamato l'interpretazione consolidata della Corte di Giustizia che, sulla base anche della ratifica da parte della Unione Europea (con decisione 2010/48) della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità (UNCRPD) del 2006, ha definito la nozione di handicap, ai sensi della direttiva, nel senso 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" (sentenze 11 aprile 2013, HK Danmark, C-335/11 e C-337/11, punti 38- 42; 18 marzo 2014, Z., C-363/12, punto 76; 18 dicembre 2014, FOA, C-354/13, punto 53; 1 dicembre 2016, Mo. Da. C-395/15, punti 41-42).

31. Sulla base di tali premesse, deve rilevarsi l'assoluta autonomia del concetto di handicap, quale fattore di discriminazione, rispetto all'accertamento della condizione di handicap grave di cui alla L. n. 104 del 1992, nel caso di specie risalente ad epoca successiva al licenziamento.

32. Nell'esaminare il licenziamento discriminatorio (per handicap), la Corte territoriale si è uniformata ai principi espressi dalla più recente giurisprudenza di legittimità, espressamente richiamata (Cass. n. 6575 del 2016).

33. In particolare, ha ribadito l'autonomia del licenziamento discriminatorio da quello intimato per motivo illecito determinante ed ha adottato una nozione oggettiva di discriminazione in linea con quanto statuito da questa Corte secondo cui la discriminazione "opera obiettivamente, ovvero 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".

34. Posta la nozione oggettiva di discriminazione, la Corte di merito ha esaminato il problema della concorrenza dell'effetto discriminatorio con altre finalità legittime ed ha puntualizzato come la prova, nel caso di specie raggiunta, sulla sussistenza di un giustificato motivo oggettivo non valesse ad elidere automaticamente il carattere discriminatorio del recesso.

35. Quanto al regime probatorio, la Corte territoriale ha escluso che "la dedotta natura discriminatoria del recesso possa implicare una inversione dell'onere della prova" ed ha affermato che "incombe sulla ricorrente l'onere di provare, quanto meno attraverso presunzioni gravi e rilevanti, la natura discriminatoria del licenziamento".

36. In punto di diritto, sono necessarie al riguardo alcune precisazioni.

37. Questa Corte ha già affermato come le direttive in materia (n. 2000/78, così come le nn. 2006/54 e 2000/43), come interpretate della Corte di Giustizia, ed i decreti legislativi di recepimento impongano l'introduzione di un meccanismo di agevolazione probatoria o alleggerimento del carico probatorio gravante sull'attore "prevedendo che questi allegli e dimostri circostanze di fatto dalle quali possa desumersi per inferenza che la discriminazione abbia avuto luogo, per far scattare l'onere per il datore di lavoro di dimostrare l'insussistenza della discriminazione", (cfr. Cass. n. 14206 del 2013, in materia di discriminazione di genere), con l'ulteriore precisazione che "nulla... autorizza a ritenere il suddetto regime probatorio applicabile solo all'azione speciale e, del resto, una interpretazione in senso così limitativo confliggerebbe con i principi posti dal legislatore comunitario".

38. L'agevolazione probatoria in tanto può realizzarsi in quanto l'inversione dell'onere venga a situarsi in un punto del ragionamento presuntivo anteriore rispetto alla sua completa realizzazione secondo i canoni di cui all'art. 2729 c.c., finendosi altrimenti per porre a carico di chi agisce l'onere di una prova piena del fatto discriminatorio, ancorchè raggiunta per via presuntiva.

39. Sulla base di tali premesse, deve rettificarsi in diritto l'affermazione contenuta nella sentenza impugnata, nella parte in cui l'onere di prova posto a carico della lavoratrice è stato definito attraverso il richiamo integrale ai canoni dell'art. 2729 c.c., senza tener conto del descritto criterio di agevolazione che si esprime in una diversa ripartizione degli oneri di allegazione e prova: il lavoratore deve provare il fattore di rischio, il trattamento che assume come meno favorevole rispetto a quello riservato a soggetti in condizioni analoghi e non portatori del fattore di rischio, deducendo una correlazione significativa fra questi elementi che rende plausibile la discriminazione; il datore dei lavoro deve dedurre e provare circostanze inequivocche, idonee a escludere, per precisione, gravità e concordanza di significato, la natura discriminatoria del recesso, in quanto dimostrative di una scelta che sarebbe stata operata con i medesimi parametri nei confronti di qualsiasi lavoratore privo del fattore di rischio, che si fosse trovato nella stessa posizione, (cfr. Cass. n. 14206/13 coerente con le indicazioni espresse dalla Corte di Giustizia 17.7.08, C303/06 Colemann, 10.7.08 C-54/07 Feryn, 16.7.15 C- 83/14 Chez).

40. La valutazione in concreto operata dalla Corte territoriale non merita, tuttavia, le censure mosse da parte ricorrente.

41. La Corte territoriale, di fronte al licenziamento della L. prospettato come trattamento discriminatorio legato alla condizione di malattia/handicap, ha analizzato singolarmente ed unitariamente gli elementi fattuali addotti dalla lavoratrice (la prevedibilità di numerose assenze dal lavoro della dipendente per controlli dello stato di salute, cicli di terapie ecc.; l'addestramento della collega S., richiesto alla sig.ra L. prima del lungo periodo di assenza; il differimento della ripresa del servizio, motivato dalla derattizzazione in corso, mai dimostrata; la sollecitazione alla dipendente di prolungare l'assenza per malattia; il riferimento nel colloquio registrato al maggior costo per la società della L. rispetto alla collega S., la scansione temporale tra i vari elementi) e, con motivazione logica e coerente, ha escluso la valenza significativa degli stessi ai fini della natura discriminatoria del recesso, e, comunque, ha dato atto di come il datore di lavoro avesse provato circostanze idonee ad escludere in radice l'effetto discriminatorio; in particolare la sussistenza di un giustificato motivo oggettivo di licenziamento, quindi la necessità di riduzione di una unità di personale, e la scelta necessitata della L. quale persona da licenziare in ragione del divieto di recesso nei confronti dell'unica altra dipendente in forza, la sig.ra S., ai sensi del D.Lgs. n. 151 del 2001, art. 54, comma 9, per avere la stessa avuto in affidamento un bambino il 23.7.2012.

42. Ha quindi correttamente ritenuto non integrata la prova del nesso causale tra il licenziamento e il dedotto fattore di discriminazione.

43. In base alle considerazioni svolte, il ricorso deve essere respinto.

44. Il diverso esito dei giudizi di merito e la complessità di sistemazione teorica delle questioni trattate, costituiscono gravi ed eccezionali ragioni ai fini della integrale compensazione tra le parti delle spese del giudizio di legittimità.

45. Si dà atto della sussistenza dei presupposti di cui al 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.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso.

Compensa le spese del giudizio di legittimità.

Ai sensi del 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, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte della ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma del medesimo art. 13, comma 1 bis.

Così deciso in Roma, il 11 aprile 2018.

Depositato in Cancelleria il 27 settembre 2018

Cass. civ. Sez. lavoro, Sent., (ud. 11/11/2020) 09-03-2021, n. 6497

LAVORO SUBORDINATO (RAPPORTO DI)

Licenziamento

Fatto Diritto P.Q.M.

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

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. ARIENZO Rosa - Presidente -
Dott. BLASUTTO Daniela - Consigliere -
Dott. CINQUE Guglielmo - Consigliere -
Dott. AMENDOLA Fabrizio - rel. Consigliere -
Dott. LEO Giuseppina - Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso 34514-2018 proposto da:

ASF AUTOLINEE S.R.L., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA FRANCESCO DENZA 15, presso lo studio dell'avvocato NICOLA PAGNOTTA, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato CLAUDIO DANIELE MOSE' MORPURGO;
- ricorrente -

contro

V.G., domiciliato in ROMA presso LA CANCELLERIA DELLA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE, rappresentato e difeso dall'avvocato ROBERTA PALOTTI;
- controricorrente -

avverso la sentenza n. 1503/2018 della CORTE D'APPELLO di MILANO, depositata il 01/10/2018 R.G.N. 946/2018;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 11/11/2020 dal Consigliere Dott. FABRIZIO AMENDOLA;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. MASTROBERARDINO PAOLA, che ha concluso per l'accoglimento del ricorso;

udito l'Avvocato NICOLA PAGNOTTA;

udito l'Avvocato GIOIA SACCONI per delega verbale Avvocato ROBERTA PALOTTI.

Svolgimento del processo

1. Con sentenza del 1 ottobre 2018, la Corte di Appello di Milano ha confermato la pronuncia di primo grado nella parte in cui aveva ritenuto illegittimo il licenziamento intimato a V.G. il 31 marzo 2016 dalla ASF Autolinee Srl per sopravvenuta inidoneità fisica alla mansione e, in parziale riforma di essa dal punto di vista della tutela applicabile, ha condannato la società "a reintegrare L. n. 300 del 1970, ex art. 18, comma 4, (il lavoratore)... nonchè a corrispondergli a titolo risarcitorio le retribuzioni globali di fatto maturate dal giorno del licenziamento a quello dell'effettiva reintegrazione (nei limiti delle dodici mensilità globali di fatto)", oltre accessori.

2. La Corte, premessa l'applicabilità del D.Lgs. n. 216 del 2003, art. 3, comma 3 bis, di recepimento dell'art. 5 della direttiva 2000/78/CE, ha ritenuto sussistere, in capo al datore di lavoro, un "obbligo generale di adottare tutte quelle misure - "accomodamenti ragionevoli" - atte ad evitare il licenziamento, anche quando queste incidano sull'organizzazione dell'azienda", salvo il limite dell'eventuale sproporzione degli oneri a carico dell'impresa.

In ragione di ciò la Corte territoriale ha condiviso la valutazione effettuata dal Tribunale, argomentando che "non è sufficiente che la società ASF Autolinee abbia provato che in biglietteria vi fossero lavoratori con profilo professionale superiore a quello posseduto dal V. e che l'organigramma non prevedesse ulteriori addetti in quell'ufficio"; infatti l'azienda avrebbe dovuto "dimostrare che la destinazione del lavoratore portatore di handicap in tale ufficio avrebbe imposto un onere finanziario sproporzionato o comunque eccessivo anche con riferimento alla formazione professionale". Per la Corte milanese il datore di lavoro, invece, si è "limitato ad affermare l'impossibilità del repechage del dipendente fisicamente inidoneo secondo gli usuali criteri (statici) vigenti in tema di giustificato motivo oggettivo per soppressione delle mansioni". "Lo stesso discorso - prosegue la sentenza d'appello - vale, in relazione al possibile reimpiego del lavoratore nelle mansioni di lavaggio autobus (non essendo rilevante il fatto che nell'organigramma non fosse prevista la figura del pulitore esclusivo) o in quelle di verificatore in affiancamento ad altro collega". Infine la Corte ha aggiunto che la circostanza che l'azienda non si fosse affatto posta "il problema di trovare ragionevoli situazioni per ricollocare" il dipendente emergeva chiaramente dalla deposizione del medico competente, il quale, sentito come testimone, aveva dichiarato di non essere mai stato incaricato dall'azienda di esprimere una valutazione in merito ad altre possibili mansioni cui adibire il lavoratore con disabilità.

4. Per la cassazione di tale sentenza ha proposto ricorso la società soccombente con 2 motivi; ha resistito con controricorso V.G..

Motivi della decisione

1. Con il primo articolato motivo di ricorso si denuncia: "Violazione e i falsa applicazione dell'art. 5 della Direttiva n. 78/2000/CE, D.Lgs. n. 216 del 2003, art. 3, comma 3 bis, L. n. 604 del 1966, artt. 3 e 5, del D.Lgs. n. 81 del 2008, art. 41 e art. 41 Cost. (art. 360 c.p.c., n. 3)".

Per la ricorrente la sentenza impugnata sarebbe erronea in quanto avrebbe affermato che l'obbligo, in capo al datore di lavoro, "di adottare tutte quelle misure "accomodamenti ragionevoli" - atte a evitare il licenziamento del lavoratore divenuto inidoneo (portatore di handicap) alle specifiche mansioni" incontrerebbe il limite dato dall'eventuale sproporzione degli oneri a carico dell'impresa, ma non anche quello della modificazione delle modalità di svolgimento della prestazione lavorativa a carico dei singoli colleghi dell'invalide.

Si lamenta che la Corte milanese avrebbe "operato una - non consentita valutazione sostitutiva delle prerogative esclusive del datore di lavoro", individuando posizioni alternative "per le quali ASF (sin dalla prima fase del primo grado) aveva dedotto specifiche circostanze, tutte non contestate da controparte, dalle quali si evince sia la situazione di pieno organico sia l'impossibilità di adibire il Sig. V. alle predette posizioni". Si ribadisce quindi che "la società si trovava in una condizione di pieno organico... ergo non vi erano posizioni scoperte in organigramma a cui, anche solo potenzialmente, adibire il Sig. V.". Per altro aspetto si critica la sentenza impugnata per avere la Corte "erroneamente attribuito al medico competente della società una funzione che allo stesso, per legge, non competeva, ossia quella di esprimere valutazioni in merito a possibili mansioni a cui adibire il lavoratore divenuto inidoneo alla mansione/portatore di handicap".

Con il secondo motivo si denuncia la violazione dell'onere della prova ex art. 2697 c.c., a mente dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, atteso che la società aveva dedotto specifiche circostanze, tutte non contestate, dalle quali si evinceva "sia la situazione di pieno organico sia l'impossibilità di adibire il Sig. V. alle predette posizioni", non adeguatamente valutate dalla Corte territoriale che avrebbe così addossato un improprio onere probatorio sul datore di lavoro.

2. I motivi, congiuntamente esaminabili per reciproca connessione, pongono Va questione dell'interpretazione e dell'applicazione del D.Lgs. 9 luglio 2003, n. 216, art. 3, comma 3 bis, ad una ipotesi di licenziamento di lavoratore divenuto fisicamente inidoneo alla mansione.

Essi sono infondati per le ragioni che seguono.

3. Al fine di un ordinato iter motivazionale è opportuno premettere la ricognizione delle fonti di diritto positivo - nei limiti in cui le stesse sono ritenute rilevanti nel giudizio che ci occupa - che regolano la res litigiosa, anche integrate dagli interventi del diritto sovranazionale, i quali hanno dato impulso alla legislazione interna e ne condizionano l'interpretazione.

3.1. Il D.Lgs. n. 216 del 2003, nel dare "Attuazione della direttiva 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro", ha stabilito, tra l'altro, che "Il principio di parità di trattamento senza distinzione... di handicap... si applica a tutte le persone sia nel settore pubblico che privato ed è suscettibile di tutela giurisdizionale" con specifico riferimento anche alla seguente area:

"occupazione e condizioni di lavoro, compresi gli avanzamenti di carriera, la retribuzione e le condizioni del licenziamento" (art. 3, comma 1, lett. b).

In seguito a condanna dell'Italia da parte della Corte di Giustizia dell'Unione Europea per inadempimento alla citata direttiva (sentenza 4 luglio 2013, C-312/2011, Commissione Europea/Repubblica Italiana), il D.L. 28 giugno 2013, n. 76 (art. 9, comma 4-ter), conv. con modif. dalla L. 9 agosto 2013, n. 99, ha inserito nel testo del D.Lgs. n. 216 del 2003, art. 3 un comma 3 bis del seguente tenore: "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 L. 3 marzo 2009, n. 18, nei luoghi di lavoro, per garantire alle persone con disabilità la piena eguaglianza con gli altri lavoratori. I datori di lavoro pubblici devono provvedere all'attuazione del presente comma senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica e con le risorse umane, finanziarie, e strumentali disponibili a legislazione vigente".

Rispetto a tale previsione di carattere generale, che non riguarda esclusivariamente la materia dei licenziamenti, nel diritto interno si rinviene una disciplina settoriale nella L. 12 marzo 1999, n. 68, recante "Norme per il diritto al lavoro dei disabili" attraverso "servizi di sostegno e di collocamento mirato".

Fermo il principio che "Il datore di lavoro non può chiedere al disabile una prestazione non compatibile con le sue minorazioni" (L. n. 68 del 1999, art. 10, comma 2), nel caso di aggravamento delle condizioni di salute del soggetto assunto come invalido ai fini del collocamento obbligatorio, aggravamento tale da porre problemi di compatibilità con la prosecuzione dell'attività lavorativa, "il disabile ha diritto alla sospensione non retribuita del rapporto di lavoro fino a che l'incompatibilità persista" e "il rapporto di lavoro può essere risolto nel caso in cui, anche attuando i possibili adattamenti dell'organizzazione del lavoro, la predetta commissione (ndr. La commissione integrata di cui alla L. n. 104 del 1992, art. 4) accerti la definitiva impossibilità di reinserire il disabile all'interno dell'azienda" (L. n. 68 del 1999, art. 10, comma 3).

La stessa legge, per "i lavoratori che divengono inabili allo svolgimento delle proprie mansioni in conseguenza di infortunio o malattia", stabilisce che "l'infortunio o la malattia non costituiscono giustificato motivo di licenziamento nel caso in cui essi possano essere adibiti a mansioni equivalenti ovvero, in mancanza, a mansioni inferiori" (L. n. 68 del 1999, art. 4, comma 4).

Sulla medesima linea si colloca il D.Lgs. 9 aprile 2008, n. 81, art. 42 in materia di tutela della salute e della sicurezza sui luoghi di lavoro, secondo il quale il datore di lavoro, ove le misure indicate dal medico competente prevedano una inidoneità alla mansione specifica, "adibisce il lavoratore, ove possibile, a mansioni equivalenti o, in difetto, a mansioni inferiori".

Sul fronte delle tutele, i più recenti interventi legislativi hanno previsto disposizioni specifiche per il caso del licenziamento del lavoratore in condizione di inidoneità fisica o psichica ovvero di disabilità.

In particolare, della L. n. 300 del 1970, art. 18, il comma 7 come modificato dalla L. 28 giugno 2012, n. 92, ha previsto l'applicazione della reintegrazione nel posto, di lavoro e del pagamento di un'indennità non superiore a 12 mensilità per il caso, in si accerti "il difetto di giustificazione del licenziamento intimato, anche ai sensi della L. n. 68 del 1999, art. 4, comma 4, e art. 10, comma 3, per motivo oggettivo consistente nell'inidoneità fisica o psichica del lavoratore".

Il D.Lgs. 4 marzo 2015, n. 23, art. 2 ha riconosciuto, invece, la tutela reintegratoria piena oltre che al "licenziamento discriminatorio" anche a quello illegittimo "per difetto di giustificazione per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore", con analogo riferimento agli articoli della L. n. 68 del 1999.

In proposito, vale subito evidenziare che, nella controversia in esame, non vi è motivo di impugnazione che riguardi la tutela applicabile ovvero la natura discriminatoria del licenziamento, temi che pertanto esorbitano dall'oggetto del contendere in questa sede di legittimità, per cui il richiamo alle disposizioni che governano le conseguenze sanzionatorie del licenziamento difforme dal modello legale è utile al fine di completare sistematicamente la cornice disciplinaria e consente, da ultimo, di rammentare la L. n. 604 del 1966, art. 3 al quale tradizionalmente, si riconduce, talvolta unitamente agli artt. 1463 e 1464 c.c., il recesso per giustificato motivo oggettivo in caso di impossibilità della prestazione lavorativa dovuta a sopravvenuta infermità permanente del lavoratore (v. Cass. SS.UU. n. 7755 del 1998, secondo cui la L. n. 604 del 1966, art. 3 "costituisce specificazione, e non deroga, di quelle norme codicistiche").

3.2. Il contesto normativo sovranazionale trova nella "Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità", adottata il 13 dicembre 2006, ratificata e resa esecutiva dall'Italia con L. n. 18 del 2009, approvata a nome della Comunità Europea con la decisione 2010/48/CE del Consiglio del 26 novembre 2009, il riconoscimento del "diritto al lavoro delle persone con disabilità, su base di uguaglianza con gli altri" (art. 27).

La Convenzione definisce (art. 2) per "discriminazione fondata sulla disabilità qualsiasi distinzione, esclusione o restrizione sulla base della disabilità che abbia lo scopo o l'effetto di pregiudicare o annullare il riconoscimento, il godimento o 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. Essa include ogni forma di discriminazione, compreso il rifiuto di un accomodamento ragionevole"; per "accomodamento ragionevole" intende "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".

In ambito comunitario, la direttiva 2000/78/CE sulla parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, dopo una serie di considerando, all'art. 1 sancisce che essa "... mira a stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate (su)... gli handicap... per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro al fine di rendere effettivo negli Stati membri il principio della parità di trattamento". L'art. 5 poi, intitolato "Soluzioni ragionevoli per i disabili", statuisce: "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".

4. Dalla ricognizione operata emerge un quadro complesso, frutto di successive stratificazioni normative, sovente non coordinate tra loro, di livello interno e internazionale, che sollecitano, per quanto possibile, la funzione nomofilattica della giurisprudenza di legittimità, nella specie resa non agevole dalla concorrenza di fonti composite e multilivello.

Riguardo l'ambito di applicazione della direttiva 78/2000/CE e del D.Lgs. n. 216 del 2003, art. 3, comma bis, che ne costituisce attuazione, questa Corte, posto che il licenziamento rientra tra le condizioni di lavoro protette dalla direttiva, ha ritenuto, con indirizzo conforme, che il fattore soggettivo dell'handicap non è ricavabile dal diritto interno ma unicamente dal diritto dell'Unione Europea (Cass. n. 6798 del 2018; Cass. n. 13649 del 2019; Cass. n. 29289 del 2019), secondo il quale si tratta 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" (CGUE sentenze 11 aprile 2013, HK Danmark, C-335/11 e C-337/11, punti 38- 42; 18 marzo 2014, Z., C-363/12, punto 76; 18 dicembre 2014, FOA, C-354/13, punto 53; 1 dicembre 2016, Mo. Da. C-395/15, punti 41-42). Grava sul lavoratore che ne abbia interesse allegare e dimostrare di trovarsi nelle condizioni descritte (Cass. n. 27502 del 2019).

Giova in proposito evidenziare che nella controversia in esame non è in contestazione che il V. si trovasse in una situazione soggettiva di handicap, rilevante ai fini della disciplina richiamata.

Quanto agli "accomodamenti ragionevoli", questa Corte ha statuito che "in tema di licenziamento per inidoneità fisica sopravvenuta del lavoratore, derivante da una condizione di handicap, sussiste l'obbligo della previa verifica, a carico del datore di lavoro, della possibilità di adattamenti organizzativi ragionevoli nei luoghi di lavoro "ai fini della legittimità del recesso", secondo una interpretazione conforme agli obiettivi della direttiva 2000/78/CE (Cass. n. 6798/2018 cit.; conf. Cass. n. 13649/2019 cit.; nella prima pronuncia si è altresì specificato che "il giudizio espresso in concreto sulla ragionevolezza delle soluzioni è giudizio di fatto sindacabile da questa Corte nei limiti di deducibilità del vizio di motivazione").

Successivamente, ribadito il principio che, ai fini della legittimità del licenziamento del lavoratore per inidoneità fisica sopravvenuta, sussiste l'obbligo della previa verifica, a carico del datore di lavoro, della

possibilità di adattamenti organizzativi, si è ritenuto che gli stessi debbano essere adottati "secondo il parametro (e con il limite) della ragionevolezza"; in particolare occorre tenere conto "del limite costituito dall'inviolabilità in peius (art. 2103 c.c.) delle posizioni lavorative degli altri prestatori di lavoro" nonché evitare "oneri organizzativi eccessivi (da valutarsi in relazione alle peculiarità dell'azienda ed alle relative risorse finanziarie)", stante l'esigenza del "mantenimento degli equilibri finanziari dell'impresa" (Cass. n. 27243 del 2018; in conformità v. Cass. n. 6678 del 2019 e Cass. n. 18556 del 2019).

Di recente Cass. n. 34132 del 2019, rammentato che l'art. 2 della Convenzione di New York del 2006 considera quale accomodamento ragionevole "le modifiche e gli adattamenti necessari ed appropriati che non impongano un carico sproporzionato ed eccessivo", ha cassato la sentenza impugnata onde consentire al giudice del rinvio "la valutazione della proporzionalità e della non eccessività delle misure di adattamento... sia rispetto all'organizzazione aziendale sia con riguardo agli altri lavoratori".

5. Tanto premesso, il Collegio reputa che il ricorso per cassazione possa essere disatteso sulla base delle regole che ripartiscono gli oneri di allegazione e prova gravanti sulle parti nella fattispecie di impugnativa del licenziamento sottoposta al suo esame, non senza aver preliminarmente definito i confini dell'obbligo del datore di lavoro.

5.1. Fermo il dato di diritto positivo, stabilito dal D.Lgs. n. 216 del 2003, art. 3, comma 3 bis secondo cui ogni datore di lavoro, pubblico o privato, è tenuto "ad adottare accomodamenti ragionevoli", anche in caso di licenziamento, per garantire il rispetto del principio di parità di trattamento delle persone con disabilità, non' è possibile predeterminare in astratto l'esatto contenuto dell'obbligo.

Il legislatore, infatti, ha deliberatamente scelto di trasporre nell'ordinamento interno la formula delle fonti sovranazionali, in dichiarata attuazione della direttiva n. 78/2000/CE, affidandosi ad una nozione a contenuto variabile - categoria dogmatica estesa, nell'ambito della quale possono variamente collocarsi clausole generali, norme elastiche, concetti giuridici indeterminati, finanche i principi - che ha come caratteristica strutturale proprio l'indeterminatezza: consapevole dell'impossibilità di una tipizzazione delle condotte prescrivibili, il legislatore ha conferito all'interprete il compito di individuare lo specifico contenuto dell'obbligo, guidato dalle circostanze del caso concreto.

Interprete inteso, prima di tutto, come operatore che deve conformare la propria condotta al parametro normativo, al fine di renderla legittima; interprete poi, laddove eventualmente sorga contesa, come giudice che è chiamato a dirimerla. Per entrambi questa Corte è chiamata a fornire criteri di giudizio anche nei casi in cui il contenuto indeterminato della norma è destinato a misurarsi con la variabilità del reale, onde comunque orientare l'attività degli interpreti.

5.2. L'attività di ascrizione di significato alla norma non può che muovere dal dato testuale.

Il termine "accomodamento", che nella lingua italiana richiama propriamente l'idea dell'accordo ovvero dell'adeguamento o della regolazione di uno strumento meccanico, è in realtà la trasposizione lessicale pedissequa dall'inglese "accomodation", presente nella Convenzione ONU del 2006, alla quale esplicitamente rinvia dell'art. 3, il comma 3 bis più volte citato per la definizione del termine, e presente anche nella versione inglese dell'art. 5 della direttiva 2000/78/CE, sebbene tradotto in quella italiana con "soluzioni ragionevoli". Nell'art. 2 della Convenzione per "accomodamenti" si intendono "le modifiche e gli adattamenti necessari ed appropriati" che si debbano adottare "per garantire alle persone con disabilità il godimento e l'esercizio, su base di uguaglianza con altri, di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali".

Parallelamente l'art. 5 della direttiva dell'Unione Europea in materia, cui occorre fare riferimento in chiave di interpretazione conforme quale aspetto dell'interpretazione sistematica della disciplina in esame, parla di "provvedimenti appropriati" del datore di lavoro, "in funzione delle esigenze delle situazioni concrete", per consentire ai disabili di accedere ad un lavoro e di svolgerlo.

Si tratta dunque di adeguamenti, lato sensu, organizzativi che il datore di lavoro deve porre in essere al fine di "garantire il principio della parità di trattamento dei disabili" e che si caratterizzano per la loro "appropriatezza", ovvero per la loro idoneità a consentire alla persona svantaggiata di svolgere l'attività lavorativa.

Vale rimarcare che l'adozione di tali misure organizzative è prevista in ogni fase del rapporto di lavoro, da quella genetica sino a quella della sua risoluzione, non essendo specificamente destinate a prevenire un licenziamento.

A riprova, il considerando 20 della direttiva elenca; in via esemplificativa e sicuramente non tassativa, quali "misure efficaci e pratiche destinate a sistemare il luogo di lavoro in funzione dell'handicap", la sistemazione dei locali, l'adattare le attrezzature, il regolare i ritmi di lavoro, la ripartizione dei compiti, il fornire mezzi di formazione o di inquadramento.

La Corte di Giustizia statuisce che il concetto di "soluzioni ragionevoli" deve essere inteso nel senso che si riferisce all'eliminazione delle barriere di diversa natura che ostacolano la piena ed effettiva partecipazione dei disabili alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori (sentenze dell'11 aprile 2013, HK Danmark, C-335/11 e C-337/11, punto 54; del 4 luglio 2013, Commissione/Italia, C-312/11, punto 59; dell'11 settembre 2019, DW, C-397/18, punto 64) e la prima pronuncia individua quale possibile adattamento ragionevole la riduzione dell'orario di lavoro.

5.3. Chiarito con esempi non esaustivi il vasto raggio degli accomodamenti ipotizzabili, un limite espresso all'adozione di essi è rinvenibile nella definizione della Convenzione ONU del 2006 - cui rinvia anche la norma dell'ordinamento interno laddove si specifica che tale accomodamento non deve imporre "un onere sproporzionato o eccessivo".

L'art. 5 della direttiva Europea in materia conferma che il datore di lavoro, è obbligato, salvo che i provvedimenti appropriati richiedano "un onere finanziario sproporzionato", specificando poi che "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".

Il considerando 21 chiarisce che "per determinare se le misure in questione danno luogo a oneri finanziari sproporzionati, è necessario tener conto in particolare dei costi finanziari o di altro tipo che esse comportano, delle dimensioni e delle risorse finanziarie dell'organizzazione o dell'impresa e della possibilità di ottenere fondi pubblici o altre sovvenzioni".

Detto limite economico è stato già sottolineato da questa Corte (Cass. n. 27243/2018 cit.), richiamando Cass. SS.UU. n. 7755 del 1998 che ha legittimato il rifiuto dell'imprenditore all'assegnazione del lavoratore, divenuto fisicamente inidoneo all'attuale attività, a mansioni diverse, ove comporti "oneri organizzativi eccessivi)", pronuncia a sua volta ispirata dalla giurisprudenza costituzionale dell'epoca sulla "autodeterminazione" della organizzazione interna dell'impresa "in modo che ne vengano preservati gli equilibri finanziari" (cfr. Corte Cost. n. 78 del 1958; Corte Cost. n. 316 del 1990; Corte Cost. n. 356 del 1993).

5.4. Al limite espresso della "sproporzione" del costo si affianca quello dell'aggettivo che qualifica l'accomodamento come "ragionevole".

Limite ulteriore perchè dotato di autonoma valenza letterale, atteso che se l'unica ragione per esonerare il datore di lavoro dal porre in essere l'adattamento, fosse l'onere "sproporzionato", allora non sarebbe stato necessario aggiungere il "ragionevole".

Infatti, se può sostenersi che ogni costo sproporzionato, inteso nella sua accezione più ampia di "eccessivo" rispetto alle dimensioni ed alle risorse finanziarie dell'impresa, renda l'accomodamento di per sé irragionevole, non è necessariamente vero il contrario, perchè non può escludersi che, anche in presenza di un costo sostenibile, circostanze di fatto rendano la modifica organizzativa priva di ragionevolezza, avuto riguardo, ad esempio, all'interesse di altri lavoratori eventualmente coinvolti.

Il criterio della ragionevolezza, tradizionalmente utilizzato nei giudizi di legittimità costituzionale come controllo di razionalità della legge, penetra anche i rapporti contrattuali, quale forma di osservanza del "canone di correttezza e buona fede che presidia ogni rapporto obbligatorio contrattuale ai sensi degli artt. 1175 e 1375 c.c." (cfr. Cass. SS.UU. n. 5457 del 2009) e che risulta "immanente all'intero sistema giuridico, in quanto riconducibile al dovere di solidarietà fondato sull'art. 2 Cost." (cfr. Cass. SS.UU. n. 15764 del 2011; v. pure Cass. SS.UU. n. 23726 del 2007; cfr. Cass. SS. UU. n. 18128 del 2005), esplicando "la sua rilevanza nell'imporre a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra" (Cass. SS.UU. n. 28056 del 2008).

In particolare, le Sezioni unite civili (sent. n. 4570 del 1996) hanno già da tempo evidenziato che "la verifica di ragionevolezza... è stata sempre imposta dalla giurisprudenza di questa Corte in tutti i casi in cui si debba stabilire una comparazione dei diritti e delle aspettative in materia di lavoro (concorsi, promozioni, licenziamenti collettivi ecc.)" ed "il tramite per un controllo di ragionevolezza sugli atti di autonomia individuale è rappresentato dalle clausole generali di correttezza e buona fede": Esse "agiscono all'interno del rapporto e consentono al giudice di accertare che l'adempimento di un obbligo, contrattualmente assunto o legislativamente imposto, avvenga avendo come punto di riferimento i valori espressi nel rapporto medesimo e nella contrattazione collettiva" (successive conf.: Cass. n. 8296 del 2001; Cass., n. 7752 del 2003; Cass. n. 11429 del 2006; Cass. n. 14322 del 2016).

Se può tuttavia dubitarsi, nonostante talune suggestioni dottrinali, che, sulla base del diritto vivente (v. Cass. SS.UU. nn. 6030, 6031, 6032, 6033, 6034 del 1993), possa configurarsi nei rapporti di lavoro un obbligo giuridico a valenza generale, di "ragionevolezza" nell'esercizio dell'attività di impresa, tale da consentire un esteso sindacato giudiziale diretto ed ex post di congruità causale degli atti del datore di lavoro, non è invece discutibile che, laddove il legislatore esplicitamente stabilisca, come nella specie - che la condotta datoriale debba essere improntata al canone della ragionevolezza, il controllo sia dovuto anche su questo specifico profilo.

Stante la natura indeterminata della clausola di "ragionevolezza" non possono essere dettate, in astratto, prescrizioni cogenti che prescindano dalle circostanze del caso concreto: l'accomodamento infatti postula una interazione fra una persona individuata, con le sue limitazioni funzionali, e lo specifico ambiente di lavoro che la circonda, interazione che, per la sua variabilità, non ammette generalizzazioni. Non a caso anche l'art. 5 della direttiva 2000/78/CE individua i provvedimenti appropriati che il datore di lavoro deve prendere "in funzione delle esigenze delle situazioni concrete".

Tuttavia dalla connotazione della ragionevolezza come espressione dei più ampi doveri di buona fede e correttezza nei rapporti contrattuali si possono trarre indicazioni metodologiche utili per orientare prima il destinatario della norma ad individuare il comportamento dovuto e poi, eventualmente, il giudice, al fine di misurare l'esattezza dell'adempimento dell'obbligo di accomodamento nella concretezza del caso singolo.

Detta collocazione sistematica consente di fare capo a quella ricca giurisprudenza che identifica la buona fede oggettiva o correttezza come criterio di determinazione della prestazione contrattuale, costituendo fonte di integrazione del comportamento dovuto che impone a ciascuna delle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra a prescindere tanto da specifici obblighi contrattuali, quanto dal dovere extracontrattuale del *neminem laedere*, trovando tale impegno solidaristico il suo limite unicamente nell'interesse proprio del soggetto, tenuto, sulla scorta di una nota dottrina, al compimento di tutti gli atti giuridici e materiali che si rendano necessari alla salvaguardia dell'interesse della controparte nella misura in cui essi non comportino un apprezzabile sacrificio a suo carico (tra le tante: Cass. n. 1460,5 del 2004; Cass. n. 20399 del 2004; Cass. n. 13345 del 2006; Cass. n. 15669, del 007; Cass. n. 10182 del 2009; Cass. n. 17642 del 2012; da ultimo, con riferimenti, v. Cass. n. 8494 del 2020).

Inoltre la collocazione valorizza il piano esecutivo dell'adempimento dell'obbligo, in una ipotesi inevitabilmente caratterizzata da spazi di indeterminazione e da margini liberi di azione, in cui il criterio di qualificazione dell'agire ragionevole, quale modello di comportamento a misura d'uomo, diventa essenziale regola di governo della discrezionalità in executivis.

Infine perchè la funzione diretta alla protezione della controparte ed il dovere di ciascun contraente di cooperare alla realizzazione dell'interesse "altrui" pongono metodologicamente al centro dell'operazione

interpretativa l'esigenza di una valutazione comparata di tutti gli interessi in gioco, al fine di un bilanciato temperamento.

Così pure nel caso degli accomodamenti occorrerà soppesare gli interessi giuridicamente rilevanti delle parti coinvolte: 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; poi 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 cit.) 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"; non può, infine, aprioristicamente escludersi che la modifica organizzativa coinvolga, in maniera diretta o indiretta, altri, lavoratori, sicché in tal caso, fermo il limite non valicabile del pregiudizio a situazioni soggettive che assumano la consistenza di diritti soggettivi altrui, occorrerà valutare comparativamente anche l'interesse di costoro.

All'esito di questo complessivo apprezzamento, potrà dirsi ragionevole ogni soluzione organizzativa praticabile che miri a salvaguardare il posto di lavoro del disabile in un'attività che sia utile per l'azienda e che imponga all'imprenditore, oltre che al personale eventualmente coinvolto, un sacrificio che non ecceda i limiti di una tollerabilità considerata accettabile secondo "la comune valutazione sociale" (su tale formula v. Cass. SS.UU. n. 5688 del 1979, che, proprio a proposito dell'integrazione del comportamento dovuto dal datore di lavoro ex art. 1175 c.c., ha ritenuto che quest'ultimo deve "ritenersi vincolato non solo a non frapporre ostacoli alla realizzazione dell'interesse dell'altra parte, ma anche a fare tutto ed esattamente quanto la comune valutazione sociale consideri necessario").

5.5. L'inadempimento dell'obbligo di accomodamento ragionevole, già inteso da questa Corte - nella giurisprudenza innanzi richiamata - come condizione di legittimità del licenziamento del lavoratore disabile, integra certamente il "difetto di giustificazione" del recesso, cui si riferiscono sia la L. n. 300 del 1970, art. 18, comma 7, novellato (v. Cass. n. 26675 del 2018), sia il D.Lgs. n. 23 del 2015, art. 2 riconoscendo una tutela reintegratoria, sebbene diversificata, anche a prescindere dalla riqualificazione dell'atto come "discriminatorio" che è dibattuta questione la quale, come già precisato in premessa, per ragioni processuali esorbita dal tema della presente decisione.

Illegittimità dell'atto risolutivo che genera una tutela ripristinatoria, coerentemente con gli orientamenti di questa Corte che, pur escludendo in generale che la violazione di obblighi quali la correttezza e la buona fede da parte del debitore della prestazione possano determinare l'invalidità dell'atto, giustificando piuttosto una pretesa risarcitoria, non hanno mai dubitato che il legislatore possa isolare specifiche fattispecie comportamentali, elevando la relativa proibizione al rango di norma di validità dell'atto, pur trattandosi di disposizioni particolari non elevabili a principio generale (cfr. Cass. SS.UU. n. 26724 del 2007; v., in precedenza, Cass. SS.UU. n. 9804 del 1993, in tema di conseguenze connesse all'inadempimento delle regole di correttezza e buona fede nei concorsi privati e nelle promozioni).

Questa Corte ha già riconosciuto come la tutela ripristinatoria L. n. 300 del 1970, ex art. 18, comma 4 novellato, anche nel caso di licenziamento collettivo in violazione della quota di riserva prescritta dalla L. n. 68 del 1999, art. 3 sia opzione interpretativa rispettosa del dettato normativo e conforme alla finalità della disciplina anche sovranazionale - posta a speciale protezione del disabile (v. Cass. n. 26029 del 2019).

5.6. L'obbligo di accomodamento ragionevole concorre con le discipline specifiche cui si è già fatto cenno. Così per i soggetti assunti come invalidi ai fini del collocamento obbligatorio, nel caso di aggravamento delle condizioni di salute, il rapporto di lavoro può essere risolto solo nel caso in cui, "anche attuando i possibili adattamenti dell'organizzazione del lavoro", la commissione integrata di cui alla L. n. 104 del 1992, art. 4 "accerti la definitiva impossibilità di reinserire il disabile all'interno dell'azienda" (L. n. 68 del 1999, art. 10, comma 3).

L'art. 4, comma 4, della stessa legge, per i lavoratori che divengono inabili allo svolgimento delle proprie mansioni in conseguenza di infortunio o malattia, stabilisce che tali eventi "non costituiscono giustificato motivo di licenziamento nel caso in cui essi possano essere adibiti a mansioni equivalenti ovvero, in mancanza, a mansioni inferiori".

Tale obbligo datoriale di *repechage*, anche in mansioni inferiori, del dipendente inidoneo alla mansione è stato poi generalizzato dal D.Lgs. n. 81 del 2008, art. 42 ma già vigeva nel diritto vivente sulla scorta del principio stabilito dalla più volte richiamata sentenza n. 7755 del 1998 delle Sezioni unite di questa Corte.

Evidentemente l'impossibilità di ricollocare il disabile, adibendolo a diverse mansioni comunque compatibili con il suo stato di salute, non esaurisce gli obblighi del datore di lavoro che intenda licenziarlo, perchè, laddove ricorrano i presupposti di applicabilità del D.Lgs. n. 216 del 2003, art. 3, comma 3 bis, dovrà comunque ricercare possibili "accomodamenti ragionevoli" che consentano il mantenimento del posto di lavoro, in una ottica di ottimizzazione delle tutele giustificata dall'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà sociale (art. 2 Cost.), tanto più pregnanti in caso di sostegno a chi versa in condizioni di svantaggio.

6. Delineati i confini dell'obbligo di "accomodamento ragionevole" gravante sul datore di lavoro, possono essere esaminate le consequenziali regole che ripartiscono gli oneri di allegazione e prova in un giudizio avente ad oggetto una fattispecie di impugnativa del licenziamento quale quella sottoposta all'esame del Collegio.

Come in ogni ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo ai sensi della L. n. 604 del 1966, art. 3 l'onere della prova della sussistenza delle giustificazioni nell'esercizio del potere di recesso spetta al datore di lavoro a mente dell'art. 5 della stessa legge.

Nella specie il datore di lavoro deve provare la sopravvenuta inidoneità fisica o psichica del lavoratore e l'impossibilità di ricollocare il medesimo in altre posizioni lavorative per l'espletamento di mansioni, eventualmente anche inferiori, compatibili con il suo stato di salute.

Si rammenta che, in generale, in ogni ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, sia le ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa, sia l'impossibilità di ricollocare altrove il lavoratore rappresentano presupposti di legittimità del recesso (per tutte v. Cass. n. 10435 del 2018).

Secondo la più recente giurisprudenza di questa Corte, poi, spetta al datore di lavoro l'allegazione e la prova dell'impossibilità di repace del dipendente licenziato, senza che sul lavoratore incomba un onere di allegazione dei posti assegnabili (Cass. n. 5592 del 2016; Cass. n. 12101 del 2016; Cass. n. 20436 del 2016; Cass. n. 160 del 2017; Cass. n. 9869 del 2017; Cass. n. 24882 del 2017; Cass. n. 27792 del 2017). Trattandosi di prova negativa, il datore di lavoro ha sostanzialmente l'onere di fornire la prova di fatti e circostanze esistenti, di tipo indiziario o presuntivo idonei a persuadere il giudice della veridicità di quanto allegato circa l'impossibilità di una collocazione alternativa del lavoratore nel contesto aziendale (ancora Cass. n. 10435/2018 cit.; v. pure sull'utilizzo del metodo presuntivo in materia Cass. n. 237'89 del 2019). Usualmente si prova che nella fase concomitante e successiva al recesso, per un congruo periodo, non sono avvenute nuove assunzioni oppure sono state effettuate per mansioni richiedenti una professionalità non posseduta dal prestatore (v., ad ex., Cass. n. 22417 del 2009; ma pure: Cass. n. 9369 del 1996; Cass. n. 13134 del 2000; Cass. n. 3040 del 2010).

A questi oneri che tradizionalmente gravano sul datore di lavoro, in caso di applicazione del D.Lgs. n. 216 del 2003, art. 3, comma 3 bis, si aggiunge quello distinto relativo all'adempimento dell'obbligo di accomodamento ragionevole, pure esso inteso come condizione di legittimità del recesso.

Pertanto, a fronte del lavoratore che deduca e provi di trovarsi in una condizione di limitazione, risultante da menomazioni fisiche, mentali o psichiche durature secondo il diritto dell'Unione Europea, quale fonte dell'obbligo datoriale di ricercare soluzioni ragionevoli che potessero evitare il licenziamento causato dalla disabilità, graverà sul datore di lavoro l'onere di provare di aver adempiuto all'obbligo di "accomodamento" ovvero che l'inadempimento sia dovuto a causa non imputabile.

In tale situazione di riparto non è certo sufficiente per il datore semplicemente allegare e provare che non fossero presenti in azienda posti disponibili in cui ricollocare il lavoratore, come si trattasse di un ordinario repace, così creando una sovrapposizione con la dimostrazione, comunque richiesta, circa l'impossibilità di adibire il disabile a mansioni equivalenti o inferiori compatibili con il suo stato di salute.

Nè spetta al lavoratore, o tanto meno al giudice, individuare in giudizio quali potessero essere le possibili modifiche organizzative appropriate e ragionevoli idonee a salvaguardare il posto di lavoro, sovvertendo l'onere probatorio e richiedendo una collaborazione nella individuazione degli accomodamenti possibili non prevista neanche per il repace ordinario in mansioni inferiori, oramai esteso dal recesso per sopravvenuta inidoneità fisica alle ipotesi di soppressione del posto di lavoro per riorganizzazione aziendale (ab imo, Cass. n. 21579 del 2008; conf. Cass. n. 23698 del 2015; Cass. n. 4509 del 2016; Cass. n. 29099 del 2019; Cass. n. 31520 del 2019).

Le stesse ragioni che hanno spinto questa Corte a rimeditare un risalente orientamento che chiedeva al lavoratore che impugnava il licenziamento l'allegazione dell'esistenza di altri posti nei quali egli potesse essere utilmente ricollocato, ragioni quali (cfr. Cass. n. 5592/2016 cit.) l'inappropriata divaricazione tra oneri di allegazione e prova, l'impossibilità di alterare surrettiziamente l'onere sancito dalla L. n. 604 del 1966, art. 5 il principio di riferibilità o vicinanza della prova di fatti attinenti ad una organizzazione aziendale rispetto alla quale il lavoratore è estraneo, militano nel senso che, anche nella specie, vadano applicati i principi generali che regolano il riparto degli oneri di allegazione e prova nell'adempimento delle obbligazioni così come stabiliti da Cass. SS. UU. n. 13533 del 2001.

Al fine di non sconfinare in forme di responsabilità oggettiva, per verificare l'adempimento o meno dell'obbligo legislativamente imposto dal D.Lgs. n. 216 del 2003, art. 3, comma 3 bis, occorre avere presente il contenuto del comportamento dovuto, così come definito nel paragrafo precedente, e che esso si caratterizza non tanto, in negativo, per il divieto di comportamenti che violano la parità di trattamento, quanto piuttosto per il suo profilo di azione, in positivo, volta alla ricerca di misure organizzative ragionevoli idonee a consentire lo svolgimento di un'attività lavorativa, altrimenti preclusa, a persona con disabilità.

In tale prospettiva, l'onere gravante sul datore di lavoro potrà essere assolto mediante la deduzione del compimento di atti o operazioni strumentali rispetto all'avveramento dell'accomodamento ragionevole, che assumano il rango di fatti secondari di tipo indiziario o presuntivo, i quali possano indurre nel giudice il convincimento che il datore abbia compiuto uno sforzo diligente ed esigibile per trovare una soluzione organizzativa appropriata che scongiurasse il licenziamento, avuto riguardo a ogni circostanza rilevante nel caso concreto.

Ovviamente il datore di lavoro potrà anche dimostrare che eventuali soluzioni alternative, pur possibili, fossero prive di ragionevolezza, magari perchè coinvolgenti altri interessi comparativamente preminenti, ovvero fossero sproporzionate o eccessive, a causa dei costi finanziari o di altro tipo ovvero per le dimensioni e le risorse dell'impresa.

Del resto questa Corte ha già avuto occasione di affermare, peraltro a proposito del D.Lgs. n. 81 del 2008, art. 42 il quale prevede, come già detto, che il lavoratore divenuto inabile alle mansioni specifiche possa essere assegnato anche a mansioni equivalenti o inferiori, che nell'inciso "ove possibile" si contempera "il conflitto tra diritto alla salute ed al lavoro e quello al libero esercizio dell'impresa, ponendo a carico del datore di lavoro l'obbligo di ricercare - anche in osservanza dei principi di buona fede e correttezza nell'esecuzione del rapporto - le soluzioni che, nell'ambito del piano organizzativo prescelto, risultino le più convenienti ed idonee ad assicurare il rispetto dei diritti del lavoratore e lo grava, inoltre, dell'onere processuale di dimostrare di avere fatto tutto il possibile, nelle condizioni date, per l'attuazione dei detti diritti" (in termini: Cass. n. 13511 del 2016).

7. Alla stregua delle considerazioni che precedono la sentenza impugnata non merita le censure che le sono mosse, comunque non tali da determinarne la cassazione.

Infatti, come riportato nello storico della lite, nella pronuncia è individuabile una ragione fondante la decisione di per sé sufficiente a sorreggerla, sulla base dei principi innanzi esposti.

Per la Corte territoriale, nel giudizio, il datore di lavoro "si è limitato ad affermare l'impossibilità del repaceage del dipendente fisicamente inidoneo secondo gli usuali criteri (statici) vigenti in tema di giustificato motivo oggettivo per soppressione delle mansioni"; in particolare la società - secondo la Corte - aveva solo provato che nella biglietteria l'organigramma non prevedesse ulteriori addetti e analogamente aveva fatto per il possibile reimpiego del lavoratore nelle mansioni di lavaggio autobus o in quelle di verificatore in affiancamento ad altro collega; inoltre nessuna dimostrazione era stata fornita che la destinazione alternativa del lavoratore portatore di handicap "avrebbe imposto un onere finanziario sproporzionato o comunque eccessivo anche con riferimento alla formazione professionale".

Per quanto detto, ai fini dell'adempimento dell'obbligo previsto dal D.Lgs. n. 216 del 2003, art. 3, comma 3 bis, non era sufficiente per la società allegare e provare che non fossero presenti in azienda posti disponibili in cui ricollocare il lavoratore, sovrapponendo la dimostrazione circa l'impossibilità di adibire il V. a mansioni equivalenti o inferiori compatibili con il suo stato di salute con il distinto onere di ricercare altre soluzioni ragionevoli, nè tanto meno era sufficiente trincerarsi dietro la mera affermazione che di accomodamenti praticabili non ve ne fossero, lamentando che il lavoratore non ne aveva individuati.

Ancora con i motivi di ricorso parte datoriale insiste che l'azienda era in "condizione di pieno organico" e che "non vi erano posizioni scoperte in organigramma", come si discutesse solo di una ordinaria violazione dell'obbligo di repaceage, mentre non evidenzia alcun atto o operazione strumentale rispetto all'avveramento dell'accomodamento ragionevole che potesse indurre nei giudici del merito il convincimento che fosse stato compiuto quello sforzo diligente ed esigibile per trovare una soluzione organizzativa che evitasse il recesso; anzi, si critica pure quella parte della sentenza impugnata in cui la Corte territoriale, del tutto plausibilmente, ha invece argomentato che la circostanza che l'azienda non si fosse affatto posta "il problema di trovare ragionevoli situazioni per ricollocare" il dipendente emergeva con chiarezza dalla deposizione del medico competente, il quale, come teste, aveva dichiarato di non essere mai stato richiesto dalla società di esprimere valutazioni in ordine al ricollocamento del V.

Tanto basta per giustificare il rigetto dell'appello della società da parte della Corte milanese, anche a prescindere dalla successiva valutazione operata circa misure ipotizzabili che coinvolgessero singoli colleghi dell'invalide, e per ogni altro aspetto le censure involgono apprezzamenti di fatto, peraltro conformemente svolti in entrambi i gradi di merito, che non possono essere rivisitati in questa sede di legittimità.

8. Conclusivamente il ricorso deve essere respinto, con le spese che seguono il regime della soccombenza liquidate come da dispositivo.

Ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 quater, nel testo introdotto dalla L. n. 228 del 2012, art. 1, comma 17, occorre dare atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte della ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato, pari a quello, ove dovuto, per il ricorso, a norma dello stesso art. 13, comma 1-bis (cfr. Cass. SS.UU. n. 4315 del 2020).

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso e condanna parte ricorrente al pagamento delle spese liquidate in Euro 5.500,00, oltre Euro 200,00 per esborsi, accessori secondo legge e spese generali al 15% .

Ai sensi del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, art. 13, comma 1-quater, nel testo introdotto dalla L. 24 dicembre 2012, n. 228, art. 1, comma 17, 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, ove dovuto, per il ricorso, a norma dello stesso art. 13, comma 1-bis.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio, il 11 novembre 2020.

Depositato in Cancelleria il 9 marzo 2021

Cass. civ. Sez. lavoro, Sent., (ud. 12/09/2019) 12-11-2019, n. 29289

LAVORO SUBORDINATO (RAPPORTO DI)

Licenziamento

PREVIDENZA SOCIALE

Integrazione salariale

Fatto Diritto P.Q.M.

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

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. NOBILE Vittorio - Presidente -
Dott. RAIMONDI Guido - Consigliere -
Dott. NEGRI DELLA TORRE Paolo - Consigliere -
Dott. BLASUTTO Daniela - rel. Consigliere -
Dott. PAGETTA Antonella - Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso 11900/2018 proposto da:

MARANGONI S.P.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA NOMENTANA 257, presso lo studio dell'avvocato ALESSANDRO LIMATOLA, rappresentata e difGsa dagli avvocati CLAUDIO DAMOLI, LORENZO CANTONE, OSVALDO CANTONE, ENZO PISA, GILDA PISA, ANDREA DELL'OMARINO;
- ricorrente -

contro

T.D., domiciliato in ROMA PIAZZA CAVOUR presso LA CANCELLERIA DELLA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE, rappresentato e difeso dall'avvocato ANGELA MODENA;
- controricorrente -

avverso la sentenza n. 11/2018 della CORTE D'APPELLO di TRENTO, depositata il 15/02/2018 R.G.N. 101/2017;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 12/09/2019 dal Consigliere Dott. DANIELA BLASUTTO;

udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. CELESTE Alberto, che ha concluso per inammissibilità o in subordine rigetto;

udito l'Avvocato PAOLA LIMATOLA per delega verbale Avvocato CLAUDIO DAMOLI.

Svolgimento del processo

1. La Corte di appello di Trento, con sentenza n. 11/18, riformando la pronuncia del Giudice del lavoro del Tribunale di Rovereto, ha dichiarato illegittimo il licenziamento intimato in data 16 agosto 2016 dalla soc. Marangoni p.a. a T.D. in quanto discriminatorio per ragioni di disabilità e ha condannato la società predetta alla reintegrazione del reclamante nel posto di lavoro e al pagamento della retribuzione globale di fatto pari ad Euro 2.054,43 mensili dalla data del licenziamento alla reintegrazione, oltre rivalutazione di interessi dalle singole scadenze al saldo, detratto l'aliunde perceptum.

2. Per quanto ancora rileva nella presente sede, la Corte territoriale ha respinto l'eccezione di inammissibilità della domanda avente ad oggetto l'accertamento della natura discriminatoria del licenziamento, eccezione sollevata dalla parte convenuta sull'assunto della proposizione tardiva della domanda, autorizzata dal Tribunale solo dopo il deposito del ricorso introduttivo, a seguito della costituzione in giudizio della medesima Marangoni s.p.a..

3. Esaminando nel merito il vizio di nullità del licenziamento discriminatorio per ragioni di disabilità, richiamata la direttiva 78 del 2000, come interpretata dalla giurisprudenza la Corte di Giustizia nonché del D.Lgs. n. 150 del 2011, art. 28, comma 4, che ha sostituito gli articoli contenuti nei decreti legislativi di attuazione della direttiva nell'ordinamento interno, la Corte di appello ha ritenuto che l'onere della prova deve essere ripartito in modo tale da attuare, nel contesto del ragionamento presuntivo di cui agli artt. 2727 e 2729 c.c., un'effettiva agevolazione del soggetto che agisce per la tutela, per cui era onere del lavoratore allegare e provare il fattore di rischio, il trattamento subito ritenuto discriminatorio, il miglior trattamento attuato nei confronti dei lavoratori in posizione equiparabile alla sua, deducendo una correlazione significativa fra questi tre elementi in termini di verosimiglianza della discriminazione; era onere invece della datrice di lavoro dedurre e provare circostanze non equivocate, idonee ad escludere, con precisione, gravità e concordanza di significato, la natura discriminatoria del recesso in quanto dimostrative di una scelta che sarebbe stata operata con i medesimi parametri nei confronti qualsiasi lavoratore privo del fattore di rischio e dunque non disabile, che si fosse trovato della stessa posizione della ricorrente.

3.1. Tanto premesso, la Corte di appello ha rilevato:

- che il ricorrente, fin dall'assunzione del 27 maggio 2002 addetto alla produzione di "mescole di gomma" e in particolare al macchinario per la produzione di talloni per pneumatici, in data 23 settembre 2015 era stato giudicato idoneo temporaneamente alle mansioni con limitazioni e in data 3 febbraio 2016 era stato

giudicato totalmente inidoneo alle mansioni di operaio addetto al "reparto gomme piene"; dal 24 settembre 2015 era stato posto in ferie e poi sospeso in cassa integrazione straordinaria a zero ore e, a differenza degli altri dipendenti, non gli era stata applicata la rotazione; senza essere sottoposto ad accertamenti di idoneità per lo svolgimento di altre mansioni e senza alcuna decisione sulla sua posizione individuale in azienda, in data 16 agosto 2016 era stato licenziato con decorrenza 23 agosto nell'ambito di una procedura di riduzione del personale nel frattempo attivata dalla Marangoni s.p.a., ai sensi della L. n. 223 del 1991, artt. 4 e 24; che nella comunicazione resa ai sensi dell'art. 4. cit., comma 9, recante l'elenco dei lavoratori licenziati, il ricorrente era stato valutato come addetto al reparto gomme piene e, a differenza degli altri colleghi di lavoro, non gli era stato attribuito alcun punteggio per le mansioni svolte, in quanto divenuto inabile e inidoneo alle medesime.

3.2. Alla stregua di tali elementi di fatto, accertati in giudizio, la Corte di appello ha ritenuto che il ricorrente avesse assolto i propri oneri processuali, in quanto il fattore di rischio era dato dalla disabilità sopravvenuta, intesa, secondo la convenzione di New York del 2006, come limitazione fisica di lunga durata e consistente nella specie in una patologia cardiaca e dell'apparato respiratorio che ne aveva determinato l'inidoneità permanente alle mansioni precedentemente svolte; il trattamento meno favorevole era consistito dapprima nella sospensione in CIGS senza rotazione e poi nella mancata assegnazione di un punteggio per l'esame comparativo nella scelta dei lavoratori da licenziare; il trattamento più favorevole riservato ai colleghi del ricorrente era consistito nell'attribuzione dei punteggi secondo il valore assegnato alle mansioni dagli stessi precedentemente svolte.

3.3 I giudici di merito hanno poi osservato che la tesi difensiva svolta dalla Marangoni s.p.a., secondo cui il reclamante sarebbe stato in ogni caso licenziato per essere divenuto inabile e non ricollocabile in diverse mansioni, oltre ad essere rimasta priva di riscontri probatori, anteponeva una giustificazione attinente al licenziamento per giustificato motivo oggettivo, mai adottato dall'azienda e al quale comunque si sarebbe potuti addivenire solo a seguito degli accertamenti e delle valutazioni di cui al D.Lgs. n. 81 del 2008, segnatamente con riguardo alla disciplina di cui all'art. 42 del predetto D.Lgs., che impone al datore l'adibizione del lavoratore, ove possibile, ad altra mansione compatibile con suo stato di salute. L'invalidità del lavoratore per malattia intervenuta nel corso del rapporto di lavoro determina un giustificato motivo oggettivo di cessazione del rapporto per iniziativa del datore di lavoro quando, ai sensi degli artt. 1463 e 1464 c.c., realizzi una impossibilità sopravvenuta della prestazione, impossibilità che deve essere valutata in relazione alla molteplicità dei possibili impieghi a cui il lavoratore può essere adibito in ambito aziendale. Grava sul datore di lavoro dedurre e provare la mancanza di mansioni confacenti.

4. La Corte di appello ha poi ritenuto fondati anche gli altri motivi attinenti alla non conformità della procedura di licenziamento collettivo alla L. 223 del 1991, artt. 4 e 5, in quanto ai sensi dell'art. 4, comma 9, la comunicazione ivi prevista deve dare atto della puntuale indicazione dei criteri di scelta e delle modalità applicative, in modo tale da consentire ad ogni lavoratore di comprendere perché lui - e non altri dipendenti - sia stato destinatario del collocamento di mobilità o del licenziamento collettivo, mentre l'accordo sindacale in questione aveva autorizzato la Marangoni ad applicare, qualora non sufficienti il criterio della non opposizione al licenziamento e della maturazione dei requisiti pensionistici, il criterio delle ragioni tecniche, produttive e organizzative adottando una clausola generale che rimetteva totalmente all'azienda l'individuazione dei parametri di comparazione tra i dipendenti ed inoltre non vi era stata, dopo l'accordo sindacale, alcuna verifica congiunta con le OO.SS. in merito agli elementi oggettivi che il datore di lavoro avrebbe considerato per l'assegnazione dei diversi punteggi e le modalità della loro attribuzione.

5. La Corte di appello ha ritenuto fondato anche il motivo di impugnazione con cui il lavoratore aveva allegato, sin dal ricorso introduttivo della fase sommaria, di non aver mai avuto comunicazioni od offerte relative ai due bandi interni del giugno e dell'agosto 2016 per la ricollocazione su domanda in altre unità produttive di lavoratori che avessero manifestato la loro disponibilità; nè la società Marangoni aveva provato di avere portato a conoscenza del reclamante questi bandi o la possibilità di essere collocato in altre unità (la comunicazione mediante affissione nella bacheca dei giorni 16 agosto e 22 settembre 2015 concerneva un periodo in cui il reclamato era assente dal lavoro in quanto dapprima in malattia, poi collocato in ferie e infine posto in CIGS).

6. Per la cassazione di tale sentenza Marangoni s.p.a. ha proposto ricorso affidato a cinque motivi, cui ha resistito con controricorso il T.

7. La società ricorrente ha depositato memoria ex art. 378 c.p.c..

Motivi della decisione

1. Con il primo motivo la società ricorrente denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 101, 345, 416 c.p.c. e art. 437 c.p.c., comma 2, L. n. 92 del 2012, art. 1, commi 48 e segg. e art. 111 Cost. (art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3).

Censura la sentenza nella parte in cui è stata ritenuta ammissibile la domanda vertente sull'accertamento della natura discriminatoria del licenziamento. Deduce che nella fase sommaria il ricorrente aveva prospettato la natura discriminatoria del recesso in ragione dell'inidoneità sopravvenuta alle mansioni, mentre l'articolazione della domanda in fase di reclamo alludeva ad una fattispecie più complessa, costituita da: a) mancata ricerca di posizioni alternative dopo il giudizio di inidoneità; b) asserita imposizione di sospensione in CIGS senza rotazione; c) mancata segnalazione alle OO.SS. di situazioni di azzeramento del punteggio; d) assenza di una previsione di azzeramento del punteggio in caso di inidoneità fisica nella lettera di chiusura della procedura. Assume dunque che la domanda era basata su una diversa causa petendi, in contrasto con il divieto di *ius novorum* sancito dagli artt. 416 e 437 c.p.c..

2. Con il secondo motivo la ricorrente denuncia violazione e falsa applicazione della L. n. 68 del 1999, art. 1, comma 7, nonché dell'art. 10, comma 4, della stessa legge, e del D.Lgs. n. 216 del 2003, art. 3, comma

3, in attuazione della direttiva 2000/78/CE, violazione e falsa applicazione altresì della L. n. 18 del 2009, di ratifica della Convenzione di New York del 2006 per come questa è stata interpretata e applicata in sentenza, illogicità della motivazione per travisamento dei fatti di causa in relazione all'assimilazione delle inidoneità fisiche alla diversa fattispecie della disabilità.

Censura la sentenza per avere erroneamente assimilato la condizione di salute in cui versava il lavoratore, consistente in una inidoneità fisica, all'ipotesi della disabilità, la quale invece deve essere accertata ai sensi e per gli effetti di cui alla L. n. 68 del 1999. Quest'ultima legge, all'art. 1, comma 7, assicura ai lavoratori divenuti disabili a seguito di infortunio o malattia il diritto alla conservazione del posto di lavoro, anche se la disabilità sia sopravvenuta durante lo svolgimento del rapporto di lavoro. Anche l'art. 10, comma 4, della stessa legge detta norme di tutela del lavoratore occupato obbligatoriamente in caso di recesso datoriale. E' invece erronea la qualificazione della fattispecie contenuta nella sentenza impugnata, consistente nell'assimilare l'inidoneità alle mansioni lavorative alla nozione di disabilità.

3. Con il terzo motivo denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 115 e 116 c.p.c. e dell'art. 2697 c.c., nella parte in cui la sentenza, dopo avere precisato che era onere del lavoratore allegare e provare il fattore di rischio, il trattamento subito ritenuto discriminatorio, il miglior trattamento attuato nei confronti dei lavoratori in posizione equiparabile alla sua, ha ritenuto assolti tali oneri.

Deduce la ricorrente che la sentenza non aveva debitamente considerato che i criteri di scelta dei lavoratori da licenziare erano oggettivi e concordati unitamente alle OO.SS. nella procedura di mobilità e tra questi figurava l'attribuzione del punteggio per la polivalenza delle mansioni, connessa alla adibizione a reparti diversi, con lo scopo di valorizzare il personale avente un maggior numero di attività sia all'interno del reparto che al di fuori di esso, mentre la accertata inidoneità lavorativa del T. azzerava anche qualsivoglia ipotetica pregressa esperienza lavorativa svolta all'interno del "reparto gomme piene".

4. Con il quarto motivo parte ricorrente denuncia violazione e falsa applicazione della L. n. 223 del 1991, art. 5, per avere la sentenza affermato che vi sarebbe un obbligo di concordare con i sindacati anche le modalità di applicazione dei criteri di scelta e non solo l'individuazione di tali criteri.

5. Il quinto motivo denuncia violazione e falsa applicazione della L. n. 223 del 1991, artt. 4 e 5 e del D.Lgs. n. 216 del 2003, art. 3, laddove la sentenza, dopo avere evidenziato che erano intervenuti due bandi per concorsi interni affissi in luogo accessibile a tutti i lavoratori, aveva ritenuto l'assenza di prova circa il fatto che il ricorrente fosse stato personalmente notiziato.

6. Il ricorso è infondato.

7. Il primo motivo presenta profili di inammissibilità ed è altresì infondato quanto all'interpretazione della disciplina processuale relativa al c.d. rito Fornero.

7.1. Preliminarmente, il motivo di ricorso non si confronta con il decisum relativo alla statuizione di rigetto dell'eccezione, nei suoi diversi passaggi argomentativi.

Dalla sentenza impugnata risulta che i fatti costitutivi della pretesa, in relazione ai quali era stata chiesta la valutazione anche sotto il profilo della natura discriminatoria del recesso, erano stati tutti tempestivamente allegati con il ricorso introduttivo, compresa l'inidoneità sopravvenuta alle mansioni, l'inadempimento della datrice di lavoro all'obbligo di ricollocazione e al diverso trattamento rispetto agli altri colleghi quanto alle modalità di sospensione in CIGS senza rotazione (pag. 15 e 16 sent.).

Si era poi osservato che le ragioni per le quali, all'esito dell'applicazione di criteri di scelta, il ricorrente era risultato fra lavoratori da licenziare erano state rese palesi dalla Marangoni s.p.a. solo con la costituzione in giudizio nella fase sommaria, per cui il ricorrente le ignorava al momento della proposizione del ricorso, e che, nel contesto di tali allegazioni, sarebbe stato onere del datore di lavoro dimostrare la correttezza del proprio operato, compresa l'insussistenza, nell'applicazione dei criteri oggettivi, della discriminazione per ragioni di disabilità.

Il giudice di appello ha poi aggiunto che, nel rito c.d. Fornero, il limite temporale per eventuali modificazioni e anche per l'ampliamento della domanda, è costituito dagli atti introduttivi del giudizio di opposizione (L. n. 92 del 2012, art. 1, commi 51 e 53), per cui del tutto ammissibile era l'estensione avvenuta in limine nella fase sommaria a seguito dell'emergere di fatti nuovi, precedentemente non conosciuti e noti invece al datore di lavoro, da cui l'insussistenza dell'eccepita tardività e della prospettata lesione del principio del contraddittorio.

Quanto invece alla presunta modifica della domanda in fase di reclamo, la sentenza ne ha escluso la sussistenza osservando che non erano state introdotte nuove circostanze di fatto, essendosi il reclamante "...limitato ad argomentare sul piano logico giuridico una diversa valutazione dei medesimi fatti già allegati (pag. 31 del ricorso in opposizione) sotto il profilo del significato degli stessi quanto alla discriminazione per disabilità".

7.2. A fronte di tale complesso motivazionale, l'odierna ricorrente oppone la novità della domanda in sede di reclamo, senza argomentare specificamente in ordine al ritenuto carattere di mera argomentazione giuridica su fatti già compiutamente allegati in primo grado e in ordine alla introduzione in giudizio solo con le difese della Marangoni della questione relativa alla mancata attribuzione di qualsiasi punteggio, da cui l'onere della stessa società (rimasto inadempito) di dimostrare la correttezza del proprio operato con riguardo all'applicazione del criterio di scelta che, mediante l'azzeramento del punteggio, aveva così discriminato il reclamante rispetto ad altri lavoratori pure adibiti alle stesse mansioni.

Il motivo si rileva dunque inammissibile per difetto di specificità al decisum ex art. 366 c.p.c., comma 1, n. 4.

7.3. Peraltro, gli argomenti su cui la sentenza si fonda sono corretti anche in punto di diritto. Secondo la giurisprudenza di questa Corte, nel rito cd. 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 fase, a cognizione piena, che della precedente costituisce una prosecuzione, sicché non costituisce domanda nuova, inammissibile per mutamento della causa petendi, la deduzione di ulteriori

motivi di invalidità del licenziamento impugnato (Cass. n. 27655 del 2017, n. 5993 del 2019, n. 21720 del 2018 e n. 9458 del 2019). La diversa qualificazione giuridica del rapporto controverso da parte del giudice d'appello rispetto a quanto ritenuto dal giudice di primo grado non costituisce vizio di extrapetizione, rientrando tale potere-dovere nelle attribuzioni del giudice dell'impugnazione, senza necessità, quindi, di specifica impugnazione o doglianza di parte, purché egli operi nell'ambito delle questioni riproposte con il gravame e lasci inalterati il *petitum* e la causa *petendi*, non introducendo nel tema controverso nuovi elementi di fatto (Cass. n. 16213 del 2015).

8. Il secondo motivo è infondato.

8.1. Va premesso che la nozione di "handicap", ai sensi della direttiva 2000/78, dev'essere intesa nel senso che si riferisce a una limitazione, 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 base di uguaglianza con gli altri lavoratori (sentenza del 1 dicembre 2016, Daouidi, C-395/15, EU:C:2016:917, punto 42 e giurisprudenza ivi citata, nonché sentenza 9 marzo 2017 Petya Milkova - causa C-406/15, punto 36).

L'art. 7, paragrafo 2, della direttiva 2000/78 consente di introdurre una distinzione basata sulla disabilità, a condizione che essa rientri tra le disposizioni relative alla protezione della salute e della sicurezza sul posto di lavoro o tra le misure intese a creare o mantenere disposizioni o strumenti al fine di salvaguardare o promuovere l'inserimento delle persone con disabilità nel mondo del lavoro. Pertanto, una simile distinzione, a favore delle persone con disabilità, contribuisce alla realizzazione dello scopo della direttiva 2000/78 sancito all'art. 1, di quest'ultima, ossia la lotta alle discriminazioni fondate sugli handicap, per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro, al fine di rendere effettivo, nello Stato membro interessato, il principio della parità di trattamento (v., in tal senso, sentenza 9 marzo 2017 Petya Milkova causa C-406/15 citata, punto 46, sentenza del 17 luglio 2008, Coleman, C-303/06, punto 42). L'art. 7, paragrafo 2, della direttiva 2000/78 infatti lo scopo di autorizzare misure specifiche che mirano ad eliminare o ridurre le disparità di fatto che colpiscono le persone con disabilità, che possono sussistere nella loro vita sociale e, in particolare, nella loro vita professionale, nonché ad ottenere una parità sostanziale, e non formale, riducendo tali disparità (sent. 9 marzo 2017 - Milkova, causa C-406/15, punto 47).

8.2. La Corte di Giustizia ha precisato che tale interpretazione è corroborata dalla Convenzione dell'ONU, che, secondo una giurisprudenza costante, può essere invocata al fine di interpretare la direttiva 2000/78, la quale deve essere oggetto, nella maggior misura possibile, di un'interpretazione conforme a detta convenzione (sentenza 9 marzo 2017 - Milkova, punto 48, nonché sentenza del 1 dicembre 2016, Daouidi, C-395/15, punto 41 e giurisprudenza ivi citata). Infatti, si deve rilevare, da un lato, che, in virtù dell'art. 27, par. 1, lett. h), della Convenzione dell'ONU, le parti contraenti garantiscono e favoriscono l'esercizio del diritto al lavoro, anche a coloro i quali hanno acquisito una disabilità durante l'impiego, prendendo appropriate iniziative, anche legislative, in particolare al fine di favorire l'impiego di persone con disabilità nel settore privato attraverso politiche e misure adeguate che possono includere programmi di azione antidiscriminatoria, incentivi e altre misure. Dall'altro lato, in base all'art. 5, paragrafo 1, di detta convenzione, le stesse parti riconoscono che tutte le persone sono uguali dinanzi alla legge e hanno diritto, senza alcuna discriminazione, a uguale protezione e uguale beneficio dalla legge, mentre l'art. 5, paragrafo 4 della medesima convenzione autorizza inoltre espressamente le misure specifiche che sono necessarie ad accelerare o conseguire de facto l'uguaglianza delle persone con disabilità (sent. Milkova, punto 49).

8.3. E altresì noto che il legislatore nazionale ha sanato l'inadempimento in cui era incorso con il D.L. 28 giugno 2013, n. 76 (art. 9, comma 4-ter), convertito con modificazioni dalla L. 9 agosto 2013, n. 99, inserendo nel testo del D.Lgs. n. 9 luglio 2003, n. 216, recante attuazione della direttiva, all'art. 3, un comma 3-bis del seguente tenore "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 L. 3 marzo 2009, n. 18, nei luoghi di lavoro, per garantire alle persone con disabilità la piena eguaglianza con gli altri lavoratori. I datori di lavoro pubblici devono provvedere all'attuazione del presente comma senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica e con le risorse umane, finanziarie e strumentali disponibili a legislazione vigente".

8.4. In linea con i contenuti e gli obiettivi della direttiva, questa Corte ha recentemente affermato che la nozione di disabilità, anche ai fini della tutela in materia di licenziamento, deve essere costruita in conformità al contenuto della Direttiva n. 78/2000/CE del 27 novembre 2000, sulla parità di trattamento in materia di occupazione, come interpretata dalla CGUE, quindi quale limitazione, risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche durature che, in interazione con barriere di diversa natura, possono ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori (Cass. n. 13649 del 2019 e Cass. n. 6798 del 2018).

8.5. Quanto al carattere "duraturo" di una limitazione, il giudice Europeo ha precisato che l'importanza accordata dal legislatore dell'Unione alle misure destinate ad adattare il posto di lavoro in funzione dell'handicap dimostra che esso ha previsto ipotesi in cui la partecipazione alla vita professionale è ostacolata per un lungo periodo (sentenza Chacon Navas, 11.7.2006 C-13/05). Inoltre, l'espressione "disabili" utilizzata nell'art. 5 della direttiva deve essere interpretata nel senso che essa comprende tutte le persone affette da un "handicap", secondo la definizione rilevante nell'ambito della direttiva (Corte di Giustizia, sentenza Mo. Da., punto 43). La malattia, se di lunga durata e se incidente sull'integrazione socio-lavorativa del soggetto potrà essere considerata come disabilità.

8.6. Non vi è dubbio che nel caso in esame le limitazioni accertate in giudizio a carico dell'attuale resistente fossero durevoli, nel senso sopra indicato. In ordine a tale giudizio, sotteso alla decisione impugnata, non vi è neppure ulteriore contestazione, poichè la censura di cui al secondo motivo si incentra su una nozione di disabilità tratta dal diritto interno (viene citata la L. n. 68 del 1999) che invece va tenuta distinta dalla

nozione di disabilità di cui alla direttiva Europea, volta a non discriminare il lavoratore in ragione del carattere "durevole" della sua menomazione. In proposito, è sufficiente ricordare che sin dalla sentenza Chacon Navas, sopra citata, la Corte di Giustizia ha affermato che "il divieto, in materia di licenziamento, della discriminazione fondata sull'handicap, sancito all'art. 2, n. 1 e art. 3, n. 1, lett. c), della direttiva 2000/78, osta ad un licenziamento fondato su un handicap che, tenuto conto dell'obbligo di prevedere soluzioni ragionevoli per i disabili, non è giustificato dal fatto che la persona di cui trattasi non sia competente, nè capace, nè disponibile a svolgere le funzioni essenziali del suo posto di lavoro" (punto 52) (v. pure Cass. n. 6798 del 2018).

9. Il terzo motivo è inammissibile.

9.1. La sentenza impugnata non ha ommesso di considerare gli aspetti di cui si lamenta il mancato o insufficiente esame, ma ha logicamente argomentato che la correlazione tra trattamento meno favorevole e la disabilità era evidente ed anche ammessa dalla stessa datrice di lavoro proprio perchè questa aveva giustificato l'assenza di punteggio con la sopravvenuta inidoneità fisica alle mansioni svolte. La sentenza ha correttamente evidenziato che tale ammissione era già di per sé stessa incompatibile con l'onere di provare che la scelta sarebbe stata fatta con i medesimi parametri nei confronti qualsiasi lavoratore privo del fattore di rischio, che si fosse trovato la stessa posizione del ricorrente (pagg. 22 e 23 sent. imp.). La scelta operata dalla parte datoriale di non assegnare alcun punteggio al T. rivelava il suo intrinseco carattere discriminatorio, proprio perchè basata (e motivata - come ancora ribadito nel ricorso per cassazione) sulla non comparabilità della posizione lavorativa del predetto lavoratore rispetto agli altri dipendenti non affetti da disabilità.

10. Il quarto motivo è inammissibile, poichè avulso dal decisum, che non afferma quanto sostenuto nel ricorso.

10.1. Premesso che una volta accertata la natura discriminatoria del licenziamento resta irrilevante esaminare ogni altro vizio che avrebbe inficiato la scelta del lavoratore da licenziare (la violazione della L. n. 223 del 1991, art. 4, comma 9, comporta anche la medesima tutela per il lavoratore illegittimamente licenziato), comunque va osservato che la sentenza impugnata ha argomentato, oltre che sulla genericità del criterio individuato, soprattutto sull'assenza di qualsiasi indicazione utile a far comprendere come i criteri concordati fossero stati applicati nella fattispecie. Il motivo tende a confondere la questione della legittimità dei criteri concordati con le OO.SS. con la mancata dimostrazione della loro corretta applicazione.

10.2. Questa Corte ha ripetutamente affermato che, in tema di procedura di mobilità, la previsione, di cui alla L. n. 223 del 1991, art. 4, comma 9, secondo cui il datore di lavoro, nella comunicazione preventiva con la quale dà inizio alla procedura, deve dare una "puntuale indicazione" dei criteri di scelta e delle modalità applicative, comporta che, anche quando il criterio prescelto sia unico, il datore di lavoro deve provvedere a specificare nella detta comunicazione le sue modalità applicative, in modo che essa raggiunga quel livello di adeguatezza sufficiente a porre in grado il lavoratore di percepire perchè lui - e non altri dipendenti - sia stato destinatario del collocamento in mobilità o del licenziamento collettivo e, quindi, di poter eventualmente contestare l'illegittimità della misura espulsiva" (Cass. n. 12196 del 2011; conf. Cass. n. 18306 del 2016; Cass. n. 24352 del 2017; da ultimo Cass. n. 28461 del 2018). La finalità delle comunicazioni in questione va individuata nella necessità non solo del controllo sulla effettività della scelta adottata, ma anche delle modalità di concreta applicazione dei criteri concordati.

11. Il quinto motivo è anch'esso inammissibile.

11.1. La censura omette di considerare l'accertamento di fatto svolto dalla Corte territoriale secondo cui, nel lasso di tempo in cui rimasero visibili le affissioni in luoghi accessibili dai lavoratori, il reclamante era assente dal servizio per le ragioni illustrate in sentenza e dunque non avrebbe potuto prendere visione dei bandi di concorso.

12. Giova rilevare, da ultimo, che nessun motivo è svolto circa l'omissione degli "accomodamenti ragionevoli" che il D.Lgs. n. 216 del 2003, art. 3, comma 3-bis, prevede al fine di garantire il rispetto del principio di parità di trattamento delle persone con disabilità e la cui assenza è stata pure valorizzata dalla Corte territoriale. Questa ha ricordato che il D.Lgs. n. 216 del 2003, art. 3, comma 3-bis, prevede che, al fine di garantire il rispetto del principio di parità di trattamento delle persone con disabilità, il datore di lavoro è tenuto ad adottare "accomodamenti ragionevoli", come definiti dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, ratificata ai sensi della L. 3 marzo 2009, n. 18, nei luoghi di lavoro, per garantire alle persone con disabilità la piena uguaglianza con gli altri lavoratori.

Ha poi evidenziato che la datrice di lavoro non aveva posto in essere alcuna iniziativa in tal senso; non solo non aveva attivato alcun accertamento, verifica e accomodamento per un reinserimento del lavoratore (mai allegati), ma non aveva neppure specificamente dedotto nè offerto di provare l'incollocabilità in altre mansioni.

13. In conclusione, il ricorso va rigettato, con condanna di parte ricorrente al pagamento delle spese del giudizio di legittimità, liquidate nella misura indicata in dispositivo per esborsi e compensi professionali, oltre spese forfettarie nella misura del 15 per cento del compenso totale per la prestazione, ai sensi del D.M. 10 marzo 2014, n. 55, art. 2.

14. Va dato atto della sussistenza dei presupposti processuali (nella specie, il rigetto del ricorso) per il versamento, da parte della ricorrente, ai sensi del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, art. 13, comma 1-quater, nel testo introdotto dalla L. 24 dicembre 2012, n. 228, art. 1, comma 17, di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato, in misura pari a quello per il ricorso, a norma dello stesso art. 13, comma 1-bis.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso e condanna la società ricorrente al pagamento delle spese, che liquida in Euro 5.000,00 per compensi e in Euro 200,00 per esborsi, oltre 15% per spese generali e accessori di legge.

Ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 quater, 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, ove dovuto, per il ricorso, a norma dello stesso art. 13, comma 1 bis.

Così deciso in Roma, il 12 settembre 2019.

Depositato in Cancelleria il 12 novembre 2019

Cass. civ. Sez. lavoro, Sent., (ud. 15/11/2017) 19-03-2018, n. 6798

LAVORO SUBORDINATO (RAPPORTO DI)

Licenziamento

PROVA IN GENERE IN MATERIA CIVILE

Valutazione delle prove

Fatto Diritto P.Q.M.

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

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. DI CERBO Vincenzo - Presidente -
Dott. CURCIO Laura - Consigliere -
Dott. BALESTRIERI Federico - Consigliere -
Dott. SPENA Francesca - rel. Consigliere -
Dott. MARCHESE Gabriella - Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso 28963-2015 proposto da:

MANUTENZIONI E MONTAGGI S.R.L., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA CALABRIA 25, presso lo studio dell'avvocato SILVANA FAIS, rappresentata e difesa dall'avvocato ELIO MANAI, giusta delega in atti;

- ricorrente - contro

C.S., elettivamente domiciliato in ROMA, VIA PAOLA FALCONIERI, 100, presso lo studio dell'avvocato PAOLA FIECCHI, rappresentato e difeso dall'avvocato GIUSEPPE MACCIOTTA, giusta delega in atti;

- controricorrente - avverso la sentenza n. 267/2015 della CORTE D'APPELLO di CAGLIARI, depositata il 16/06/2015 r.g.n. 127/2014;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 15/11/2017 dal Consigliere Dott. FRANCESCA SPENA;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. CELESTE Alberto, che ha concluso per il rigetto del ricorso;

è comparso l'Avvocato SILVIO RAHO per delega verbale Avvocato MARIO CANNATA;

udito l'Avvocato PAOLA FIECCHI per delega verbale Avvocato GIUSEPPE MACCIOTTA.

Svolgimento del processo

Con ricorso al Tribunale di Cagliari del 16.2.2008 C.S., già dipendente della società MECCANICA COSTRUZIONI spa, inquadrato come saldatore e manutentore meccanico ed assegnato al cementificio della società ITALCEMENTI spa - presso cui la società datrice di lavoro svolgeva in appalto il servizio di manutenzione degli impianti e dei macchinari - impugnava il licenziamento intimatogli in data 8 marzo 2007 per inidoneità fisica sopravvenuta, determinata da malattie (broncopneumopatia, dermatite da contatto, angioneurosi alle mani) che non ne consentivano la esposizione alle polveri presenti sul luogo di lavoro.

Il giudice del Lavoro, con sentenza del 7 giugno 2013- 201.1.2014, accoglieva la domanda.

La Corte d'Appello di Cagliari, con sentenza del 22 aprile 2014-16 giugno 2015 (nr. 267/2015), su appello della MANUTENZIONE MONTAGGI srl, nelle more subentrata per scissione alla MECCANICA COSTRUZIONI spa, riformava la sentenza di primo grado unicamente in punto di decorrenza del risarcimento del danno.

La Corte territoriale osservava che la circostanza che la inidoneità fosse stata dichiarata dal medico aziendale a seguito di una iniziativa del lavoratore era irrilevante rispetto all'oggetto del giudizio, vertente sulla utilizzabilità del dipendente nella azienda e sulla non eccessiva onerosità delle eventuali modifiche a tale scopo della organizzazione aziendale.

I consulenti tecnici avevano affermato la idoneità del C. ad eseguire le mansioni affidategli se svolte nell'ambiente dell'officina, che era distante dalla cemenzeria circa 200 metri. L'officina poteva essere preservata dalle polveri - una volta effettuata la bonifica iniziale suggerita dagli ausiliari - anche senza ricorrere alla assunzione di un ulteriore addetto a tempo pieno; del resto si trattava di una misura di prevenzione necessaria per tutti i lavoratori addetti all'officina.

L'ulteriore misura preventiva suggerita dal ctu, consistente nello spolveramento delle parti meccaniche provenienti dallo stabilimento di produzione e nel ricovero di esse in una parte dedicata, non era eccessivamente gravosa e non richiedeva interventi strutturali, perchè l'officina era già divisa in ambienti diversi.

Nell'ambito dell'officina il lavoratore avrebbe potuto essere adibito anche alla saldatura, in quanto, secondo il documento di valutazione dei rischi, ogni postazione era dotata di cappa di aspirazione e gli addetti erano forniti di idonei dispositivi di protezione.

I testi avevano riferito che gli operai specializzati operavano prevalentemente nello stabilimento di produzione e si recavano in officina solo per il tempo necessario a lavorare sui pezzi; tuttavia i testi S.G. (tornitore) e CO.AD. (caposquadra) avevano affermato che all'epoca del licenziamento alcuni operai erano addetti prevalentemente Atti all'officina (lo stesso S., P.E., un suo tante ed alcuni saldatori). L'insieme dei lavori di

officina pertanto, come già ritenuto dal Tribunale, era tale da occupare il C. a tempo pieno, a condizione di fargli prendere il posto degli altri operai che lavoravano in quel luogo. Tali lavori potevano essere svolti dal C., che, al pari dei colleghi, era un operaio polivalente.

Ha proposto ricorso per la cassazione della sentenza la società MANUTENZIONE MONTAGGI srl, articolato in quattro motivi; ha resistito con controricorso C.S..

Motivi della decisione

1. Con il primo motivo la società ricorrente ha dedotto - ai sensi dell'art. 360 c.p.c., n. 3 - violazione e falsa applicazione degli artt. 115 e 116 c.p.c. e dell'art. 2087 c.c., in combinato disposto con gli artt. 32 e 41 Cost. Ha esposto che a seguito della segnalazione del lavoratore, che aveva presentato il certificato del proprio medico curante, essa aveva obbligo di attivarsi a tutela della sua salute ex art. 2087 c.c..

Ha lamentato che la Corte d'appello aveva ommesso di considerare la patologia delle vie respiratorie attestata dal medico curante (broncopneumopatia cronica ostruttiva) in violazione degli artt. 115 e 116 c.p.c.; l'art. 116 c.p.c., in particolare, imponeva di tenere conto delle prove legali, quale era il certificato del medico curante.

Sussisteva altresì violazione dell'art. 2087 c.c. giacchè il giudice dell'appello non aveva considerato la natura ingravescente della patologia e la sua incompatibilità con il luogo di lavoro, in violazione degli artt. 32 e 41 Cost.

Il rischio era determinato dalle polveri di cemento, presenti in tutta l'area del cementificio; la presenza delle cappe di aspirazione presso le posizioni di saldatura non assumeva rilevanza poichè le cappe erano un fattore di protezione adeguato per soli fumi di saldatura e non per le polveri da cemento e sempre che i lavoratori non avessero, come il C., patologie in atto.

Lo stesso ctu suggeriva la assegnazione all'officina solo in termini di possibilità, prevedendo un nuovo esame dopo un periodo di osservazione.

Il motivo è inammissibile.

Esso impropriamente evoca la violazione di norme e di principi di diritto laddove nella sostanza contesta l'accertamento di fatto compiuto dal giudice del merito circa la compatibilità delle condizioni di salute del C. con l'ambiente lavorativo del reparto-officina.

La violazione degli artt. 115 e 116 c.p.c. è denunciabile ai sensi dell'art. 360 c.p.c., n. 3 solo in caso di violazione delle regole di formazione della prova ovvero quando il giudice utilizzi prove non acquisite in atti (art. 115 c.p.c.) o valuti le prove secondo un criterio diverso da quello indicato dall'art. 116 c.p.c. (una prova legale secondo prudente apprezzamento o un elemento di prova liberamente valutabile come prova legale). Sotto questo profilo è erronea la qualificazione nel motivo di ricorso del certificato del medico curante come prova legale, trattandosi di documento liberamente valutabile nei contenuti.

Nè ricorre il vizio di violazione delle norme, anche di rango costituzionale, poste a presidio della salute del lavoratore: dal preliminare accertamento in fatto della compatibilità tra l'ambiente di lavoro dell'officina e le condizioni di salute del lavoratore discende la conformità della decisione agli obblighi di protezione a carico del datore di lavoro.

Il suddetto accertamento di fatto è impugnabile davanti a questa Corte unicamente con la deduzione di un vizio di motivazione ex art. 360 c.p.c., n. 5. Nella fattispecie di causa, tuttavia, la deducibilità in sede di legittimità del vizio di motivazione è preclusa dal disposto dell'art. 348 ter c.p.c., commi 4 e 5, (applicabile *ratione temporis*), per la conformità nei due gradi di merito dell'accertamento di compatibilità tra l'ambiente di lavoro e le condizioni di salute del lavoratore.

2. Con il secondo motivo la società ricorrente ha denunciato - ai sensi dell'art. 360 c.p.c., n. 3 - violazione e falsa applicazione degli artt. 1453, 1455 e 1464 c.c. e della L. n. 604 del 1966, art. 3 anche in combinato disposto con l'art. 41 Cost.

Ha dedotto il contrasto della sentenza con l'art. 41 Cost., nella parte in cui richiedeva al datore di lavoro lo stravolgimento irragionevole della propria struttura organizzativa e produttiva ed il sacrificio degli interessi di tutti gli altri dipendenti, poichè, come accertato dal ctu, le condizioni di lavoro all'interno dei reparti di produzione erano maggiormente a rischio.

La sentenza imponeva all'imprenditore di rivedere totalmente la propria organizzazione, spostando di reparto una o più unità di personale (e sicuramente il P.) ed impiegandone altre per la pulizia della officina, in via esclusiva. La Corte di merito aveva imposto al datore di lavoro la bonifica quotidiana dell'officina senza neppure quantificare il tempo e le risorse occorrenti, con penalizzante spreco di energie lavorative.

Inoltre era pacifico, come riportato dallo stesso ctu, che i manutentori nei periodi di fermo dell'impianto erano chiamati ad intervenire nei reparti produttivi; in tali periodi il C., che non poteva svolgere attività all'interno dell'impianto, sarebbe rimasto inattivo.

Lo stesso riconoscimento in sentenza del fatto che il C. era un operaio polivalente rendeva impossibile la sua assegnazione esclusiva alla officina.

La sentenza si poneva, dunque, in contrasto con gli artt. 1453 e 1464 c.c. nonché con la L. n. 604 del 1966, art. 3 non ammettendo il recesso in un caso in cui il datore di lavoro non aveva interesse oggettivamente apprezzabile alla esecuzione parziale della prestazione.

Il motivo è in parte inammissibile, in parte infondato.

E' inammissibile nella parte in cui la ricorrente contesta, denunciando impropriamente la violazione di norme di diritto, l'accertamento del giudice del merito (si vedano le pagine della sentenza dalla nr. 4, in fine alla nr. 6, in principio):

- sul fatto che la pulizia dell'officina dalla polvere, se effettuata con regolarità, richiedeva un tempo limitato e non un addetto a tempo pieno;

- sul fatto che il lavoro svolto in officina avrebbe impiegato il C. a tempo pieno e nello svolgimento delle mansioni ordinariamente assegnategli;

- sul fatto che la attività tanto del C. che degli altri colleghi di lavoro non sarebbe cambiata nei contenuti, essendo tutti operai polivalenti (addetti alla manutenzione dei macchinari e degli impianti dello stabilimento ITALCEMENTI) e che si trattava unicamente di assegnare il C. ad altro luogo fisico, l'officina, distante dalla cemenzeria, nell'ambito dell'unico stabilimento, circa duecento metri.

La ricognizione dei suddetti fatti storici compiuta in sentenza è denunziabile in sede di legittimità nei limiti di deducibilità del vizio di motivazione e non già sotto il profilo della violazione di norme di diritto.

Maggiore approfondimento merita la censura di violazione dell'art. 41 Cost. e degli artt. 1453, 1455 e 1464 c.c., L. n. 604 del 1966, art. 3 laddove contesta la indebita ingerenza della Corte di merito sulla libertà dell'imprenditore di organizzare la propria impresa.

Il motivo, che in tali limiti afferisce alla interpretazione di norme di diritto, è infondato, per quanto di seguito argomentato.

Punto di partenza è la considerazione che, per quanto pacifico in causa, la inidoneità del lavoratore derivava da una situazione di infermità di lunga durata (broncopneumopatia cronica e dermatite da contatto) e tale da ostacolare la piena ed effettiva partecipazione del lavoratore alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori (tanto da determinarne il licenziamento).

Tale circostanza di fatto pone la fattispecie di causa nel campo di applicazione della direttiva nr. 78/2000/CE del 27 novembre 2000 sulla parità di trattamento in materia di occupazione (nel prosieguo: la direttiva), sussistendo tanto il presupposto oggettivo della attinenza della controversia alle condizioni di lavoro, "comprese le condizioni di licenziamento" (art. 3 della direttiva) che il fattore soggettivo dell' "handicap", protetto dall'art. 1 della direttiva.

Riguardo a tale fattore soggettivo va precisato che la nozione di "handicap" ai sensi della direttiva non è ricavabile dal diritto interno ma unicamente dal diritto dell'Unione Europea sicchè può parlarsi di una nozione europea di disabilità.

La Corte di Giustizia sin dalla sentenza 11 luglio 2006, in causa C13/05, Chacon Navas - nella quale vi è una prima enunciazione della condizione di "handicap" ai fini della applicazione della direttiva - ha riservato a se stessa il compito definitorio, osservando che:

"dall'imperativo tanto dell'applicazione uniforme del diritto comunitario quanto del principio di uguaglianza discende che i termini di una disposizione di diritto comunitario che non contenga alcun espresso richiamo al diritto degli Stati membri per quanto riguarda la determinazione del suo senso e della sua portata devono di norma essere oggetto nell'intera Comunità di un'interpretazione autonoma e uniforme da effettuarsi tenendo conto del contesto della disposizione e della finalità perseguita dalla normativa di cui trattasi" (sentenza cit., punto 40).

La definizione di "handicap" è stata ulteriormente argomentata, nelle pronunzie rese dalla Corte di Giustizia in epoca successiva, in considerazione della avvenuta ratifica da parte della Unione Europea (con decisione 2010/48) della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità (UNCRPD) del 2006, il cui art. 1, comma 2 determina la platea delle persone disabili ("Le persone con disabilità includono quanti hanno minorazioni fisiche, mentali intellettuali o sensoriali a lungo termine che in interazione con varie barriere possono impedire la loro piena ed effettiva partecipazione nella società su una base di eguaglianza con gli altri").

La Corte di Lussemburgo è ormai consolidata nell'intendere la nozione di "handicap" ai sensi della direttiva nel senso 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" (sentenze 11 aprile 2013, HK Danmark, C-335/11 e C-337/11, punti 38- 42; 18 marzo 2014, Z., C-363/12, punto 76; 18 dicembre 2014, FOA, C-354/13, punto 53; 1 dicembre 2016, Mo. Da. C-395/15, punti 41-42).

Quanto al carattere "duraturo" di una limitazione, il giudice europeo ha precisato che l'importanza accordata dal legislatore dell'Unione alle misure destinate ad adattare il posto di lavoro in funzione dell'handicap dimostra che esso ha previsto ipotesi in cui la partecipazione alla vita professionale è ostacolata per un lungo periodo (sentenza Chacon Navas, già citata, punto 45; sentenza Mo. Da., da ultimo citata, punto 54).

Può dunque convenirsi sul rilievo, da cui si sono prese le mosse, della inerenza della fattispecie di causa all'ambito disciplinato dalla direttiva.

Viene allora in questione l'art. 5 della direttiva, a tenore del quale: "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...".

Con la ulteriore precisazione che la espressione "disabili" utilizzata nell'art. 5 della direttiva deve essere interpretata nel senso che essa comprende tutte le persone affette da un "handicap", secondo la definizione rilevante nell'ambito della direttiva (Corte di Giustizia, sentenza Mo. Da., più volte citata, punto 43).

Il giudice europeo si è altresì espresso circa i contenuti dell'art. 5 della direttiva, tanto nella citata sentenza HK DANMARK, ai punti 49-59 che nella sentenza 4 luglio 2013, C 312/2011, Commissione europea/Repubblica Italiana, nella quale ultima si legge, in sintesi, che:

"Dal testo dell'art. 5 della direttiva 2000/78, letto in combinato disposto con i considerando 20 e 21, risulta che gli Stati membri devono stabilire nella loro legislazione un obbligo per i datori di lavoro di adottare provvedimenti appropriati, cioè provvedimenti efficaci e pratici, ad esempio sistemando i locali, adattando le

attrezzature, i ritmi di lavoro o la ripartizione dei compiti in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, per consentire ai disabili di accedere ad un lavoro, di svolgerlo, di avere una promozione o di ricevere una formazione, senza imporre al datore di lavoro un onere sproporzionato. Tali provvedimenti, come ha giudicato la Corte al punto 64 della citata sentenza HK Danmark, possono anche consistere in una riduzione dell'orario di lavoro" (sent. Commissione/Italia, punto 60).

In particolare, il richiamato considerando nr. 20 della direttiva procede ad un elenco non tassativo dei provvedimenti appropriati, che possono essere di ordine fisico, organizzativo e/o formativo (sentenza HK DANMARK citata, punto 49).

- Il diritto interno: il licenziamento del disabile ai sensi della direttiva.

Fissati nella trattazione che precede i tratti salienti della disciplina della direttiva, per quanto rileva in causa, sul piano del diritto interno è noto che il nostro Stato ometteva di dare esecuzione alla disposizione del citato art. 5, per quanto accertato dalla Corte di Giustizia, all'esito del ricorso della Commissione Europea, con la sentenza 4 luglio 2013, Commissione/Repubblica Italiana, da ultimo richiamata.

Ivi la Corte, esaminata la complessiva normativa interna a tutela dell'handicap - (L. 5 febbraio 1992, n. 104, L. 8 novembre 1991, n. 381, L. 23 marzo 1999, n. 68, D.Lgs. 9 aprile 2008, n. 81)- dichiarava la Repubblica Italiana inadempiente al suo obbligo di recepire correttamente e completamente l'art. 5 della direttiva, non avendo imposto l'obbligo di prevedere, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, soluzioni ragionevoli applicabili a tutti i disabili, in relazione a tutti i datori di lavoro ed ai diversi aspetti dell'occupazione e delle condizioni di lavoro (" per consentire ai disabili di accedere ad un lavoro, di svolgerlo o di avere una promozione o perchè possano ricevere una formazione", come dispone l'art. 5 della direttiva). E' altresì noto che il legislatore ha sanato l'inadempimento con il D.L. 28 giugno 2013, n. 76 (art. 9, comma 4-ter), convertito con modificazioni dalla L. 9 agosto 2013, n. 99, inserendo nel testo D.Lgs. 9 luglio 2003, n. 216, recante attuazione della direttiva, all'art. 3, un comma 3 bis del seguente tenore:

"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 L. 3 marzo 2009, n. 18, nei luoghi di lavoro, per garantire alle persone con disabilità la piena eguaglianza con gli altri lavoratori. I datori di lavoro pubblici devono provvedere all'attuazione del presente comma senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica e con le risorse umane, finanziarie e strumentali disponibili a legislazione vigente".

La fattispecie di causa si colloca in epoca anteriore alla suddetta norma di recepimento.

Ciò, tuttavia, non priva di rilevanza l'art. 5 della direttiva, venendo in questione, piuttosto, l'obbligo del giudice nazionale di offrire una interpretazione del diritto interno conforme agli obiettivi di una direttiva anche prima del suo concreto recepimento e della sua attuazione.

Se è vero che, con riferimento a una controversia tra privati, la Corte di Giustizia ha dichiarato in maniera costante che una direttiva non può di per sé creare obblighi a carico di un privato e non può, quindi, essere fatta valere in quanto tale nei suoi confronti (quandanche incondizionata e sufficientemente precisa), essa ha parimenti dichiarato a più riprese, a partire dalla sentenza 10 aprile 1984, causa 14/83, Von Colson e Kamann (punto 26), che l'obbligo per gli Stati membri, derivante da una direttiva, di conseguire il risultato previsto da quest'ultima s'impone a tutte le autorità, comprese, nell'ambito delle loro competenze, quelle giurisdizionali; nell'applicare il diritto interno i giudici nazionali chiamati a interpretarlo sono tenuti, dunque, a prendere in considerazione l'insieme delle norme di tale diritto ed ad applicare i criteri ermeneutici riconosciuti dallo stesso al fine di interpretarlo per quanto più possibile alla luce della lettera e dello scopo della direttiva, onde conseguire il risultato fissato da quest'ultima e conformarsi pertanto all'art. 288, comma 3 TFUE (per tutte: sentenza 05/10/2004, Pfeiffer e a., da C-397/01 a C-403/01, punto 110- 111; 19/01/2010, Klicikdeveci, C-555/07, punti 47- 48; 19/04/2016, Dansk Industri, C-441/14, punti 29-33).

Questa Corte di legittimità aveva già affermato, in relazione a fattispecie sottratte ratione temporis alla applicazione delle disposizioni del D.Lgs. n. 216 del 2003, art. 3, comma 3 bis, che non viola l'art. 41 Cost. il giudice che dichiari illegittimo il licenziamento intimato per sopravvenuta inidoneità fisica del lavoratore alle mansioni assegnate allorchè il datore di lavoro non abbia previamente accertato la possibilità di adibire il lavoratore a mansioni diverse e di pari livello attraverso i necessari adattamenti organizzativi, senza pregiudizio per gli altri lavoratori ed evitando alterazioni dell'organigramma aziendale (Cass. civ. sez. lav. 13 ottobre 2009 nr. 21710; 10 marzo 2015 nr. 4757).

Nei richiamati precedenti neppure vengono in discussione i contenuti e gli obiettivi della direttiva: il principio di diritto della previa necessità di verificare la possibilità di adattamenti organizzativi ai fini della legittimità del licenziamento per inidoneità fisica è ricavato esclusivamente dal bilanciamento tra i valori dell'ordinamento interno, dotati di pari rilievo costituzionale (art. 41 Cost., in comparazione con gli artt. 4, 35 e 36 Cost.).

Le pronunzie di questo giudice di legittimità attestano dunque la praticabilità di una interpretazione del diritto interno conforme agli obiettivi della direttiva, interpretazione che quando la inidoneità derivi da una condizione di handicap, nella nozione di cui alla direttiva, appare imposta dall'obbligo di interpretazione conforme del diritto nazionale.

Del resto sin dalla sentenza CHACON NAVAS, sopra citata, la Corte di Giustizia ha affermato che "il divieto, in materia di licenziamento, della discriminazione fondata sull'handicap, sancito agli artt. 2, n. 1, e 3, n. 1, lett. c), della direttiva 2000/78, osta ad un licenziamento fondato su un handicap che, tenuto conto dell'obbligo di prevedere soluzioni ragionevoli per i disabili, non è giustificato dal fatto che la persona di cui trattasi non sia competente, nè capace, nè disponibile a svolgere le funzioni essenziali del suo posto di lavoro" (punto 52). Nella fattispecie di causa il giudice del merito ha correttamente interpretato il diritto interno e non è incorso in violazione delle prerogative imprenditoriali tutelate dall'art. 41 Cost. avendo dichiarato la illegittimità del licenziamento intimato al C. per sopravvenuta inidoneità fisica in ragione del preliminare rilievo della

possibilità per il datore di lavoro di adottare soluzioni ragionevoli atte a consentire al lavoratore, persona disabile secondo la direttiva, di svolgere il lavoro.

Sotto un profilo di diritto il giudice del merito ha correttamente condotto tale valutazione sulla base del parametro degli oneri a carico del datore di lavoro e delle implicazioni sulle altre posizioni di lavoro.

Il giudizio espresso in concreto sulla ragionevolezza delle soluzioni (nella specie, adattamenti organizzativi) è invece giudizio di fatto sindacabile da questa Corte nei limiti di deducibilità del vizio di motivazione.

3. Con il terzo motivo la società ricorrente ha dedotto - ai sensi dell'art. 360 c.p.c., n. 3 - violazione e falsa applicazione degli artt. 115 e 116 c.p.c., in relazione agli artt. 1218 e 1227 c.c. anche in combinato disposto con l'art. 2087 c.c. e con gli artt. 32 e 41 Cost.

La censura afferisce alla statuizione di condanna al risarcimento del danno.

La ricorrente ha lamentato: la omessa considerazione, nel primo e nel secondo grado, della esistenza di patologie morbose già in atto e della prescrizione, sia del medico curante che del medico aziendale, di non esporre il lavoratore a polveri; l'omesso rilievo della circostanza che il lavoratore non aveva impugnato il giudizio del medico aziendale, contribuendo ad aggravare il danno; la mancata valutazione del fatto che i due ctu avevano prospettato la idoneità al lavoro del C. in termini di mera possibilità, suggerendo un periodo di osservazione all'esito della adozione delle cautele suggerite.

Ha dunque dedotto la non imputabilità dell'inadempimento e la sua insussistenza, non avendo i due CTU valutato come certa la idoneità del C. alla attività lavorativa.

Il motivo è inammissibile.

Esso, ancorchè formulato in termini di violazione di norme di diritto, censura l'accertamento di fatto, conforme nei due gradi di merito: della possibilità di utilizzare la prestazione di lavoro del C. senza pregiudizio per la sua salute; della imputabilità della condotta inadempiente al datore di lavoro. Trattasi di accertamenti denunziabili in questa sede nei limiti di ammissibilità del vizio di motivazione, nella specie non deducibile ai sensi dell'art. 348 ter c.p.c., commi 4 e 5.

4. Con il quarto motivo la società ricorrente ha dedotto - ai sensi dell'art. 360 c.p.c., nr. 5 cod.proc.civ.- omesso esame circa plurimi fatti decisivi per il giudizio e motivazione apparente.

Con il motivo si lamenta che la affermazione in sentenza della possibilità di tenere l'officina al riparo dalle polveri senza eccessivi aggravii organizzativi sarebbe viziata dalla mancanza di dati obiettivi di riferimento e dalla mancata considerazione della presenza di un dipendente che già eseguiva anche le pulizie (il magazziniere) sicchè una bonifica più accurata dell'officina, per consentire al C. di accedervi, avrebbe richiesto una seconda unità di personale, onere non esigibile dal datore di lavoro.

Si assume ancora che anche la assegnazione all'ambiente dell'officina non avrebbe evitato la esposizione del C. alle polveri del cementificio e che non era stato quantificato, sulla base di accertamenti tecnici, l'impegno, in termini di ore di lavoro, necessario per eliminare le polveri dalle parti meccaniche da trasportare in officina.

Il motivo è inammissibile.

Trattasi ancora una volta della denuncia di vizi della sentenza relativi all'accertamento dei fatti storici (idoneità dell'ambiente di lavoro dell'officina e misura degli oneri necessari per renderlo accessibile al C.) laddove la deduzione in questa sede del vizio della motivazione è preclusa, in ragione della pronuncia conforme sul fatto nei due gradi di merito, dall'art. 348 ter c.p.c., commi 4 e 5.

Il ricorso deve essere conclusivamente respinto.

Le spese seguono la soccombenza.

Trattandosi di giudizio instaurato successivamente al 30 gennaio 2013 sussistono le condizioni per dare atto - ai sensi della L. 24 dicembre 2012, n. 228, art. 1, comma 17 (che ha aggiunto il comma 1 quater al D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, art. 13) - della sussistenza dell'obbligo di versamento da parte del ricorrente dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per la impugnazione integralmente rigettata.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso.

Condanna parte ricorrente al pagamento delle spese, che liquida in Euro 200 per esborsi ed Euro 4.500 per compensi professionali, oltre spese generali al 15% ed accessori di legge, con attribuzione.

Ai sensi del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, art. 13, comma 1 quater dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte del ricorrente dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso a norma dello stesso art. 13, comma 1 bis.

Così deciso in Roma, il 15 novembre 2017.

Depositato in Cancelleria il 19 marzo 2018

Cass. civ. Sez. lavoro, Sent., (ud. 18/04/2013) 11-10-2013, n. 23170

SANITA' E SANITARI

Medici e personale ospedaliero e delle A.S.L.

Fatto Diritto P.Q.M.

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

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. VIDIRI Guido - Presidente -
Dott. AMOROSO Giovanni - rel. Consigliere -
Dott. MAMMONE Giovanni - Consigliere -
Dott. FILABOZZI Antonio - Consigliere -
Dott. ARIENZO Rosa - Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso 20719/2010 proposto da:

AZIENDA U.S.L. (OMISSIS) di VIAREGGIO (OMISSIS), in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIALE DELLE MILIZIE 34, presso lo studio dell'avvocato AGOSTINO ROCCO, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato GUARNIERI GIULIO, giusta delega in atti;
- ricorrente -

contro

M.G. (OMISSIS), elettivamente domiciliato in ROMA, VIA GERMANICO 172, presso lo studio dell'avvocato GALLEANO SERGIO, che lo rappresenta e difende unitamente all'avvocato BIAGINI DANIELE, giusta delega in atti;

- controricorrente -

avverso la sentenza n. 241/2010 della CORTE D'APPELLO di FIRENZE, depositata il 27/02/2010 R.G.N. 1018/2008;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 18/04/2013 dal Consigliere Dott. GIOVANNI AMOROSO;

udito l'Avvocato BUTTAFOCO ANNA per delega GALLEANO SERGIO;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. MATERA Marcello, che ha concluso per il rigetto del ricorso.

Svolgimento del processo

1. Con ricorso ex art. 414 c.p.c., del 30.4.2004 M.G. conveniva in giudizio l'azienda USL n. (OMISSIS) di Viareggio, assumendo di essere stato illegittimamente dequalificato, in violazione dell'art. 2103 c.c., nonché delle norme contrattuali di cui al cenì del comparto del personale del SSN 1998-2001.

Domandava accertarsi tale violazione e condannare l'azienda convenuta all'assegnazione alle mansioni corrispondenti alla qualifica.

Contestava altresì come tale dequalificazione professionale e svuotamento di mansioni avesse determinato una lesione - danno ingiusto, del quale chiedeva il risarcimento. In particolare lamentava il prolungato demansionamento e chiedeva la reintegra nelle mansioni corrispondenti all'inquadramento "C" per il quale era stato assunto, oltre al risarcimento dei danni.

In giudizio si costituiva l'Azienda USL, contestando le domande avanzate dal lavoratore e, in particolare, fondando la propria difesa sulla circostanza della non idoneità del ricorrente a svolgere mansioni di assistente amministrativo.

Con sentenza n. 324 del 17/6/2007 il Tribunale di Lucca, giudice del lavoro, accoglieva parzialmente il ricorso di M.G., accertando il suo demansionamento e condannando il datore di lavoro Azienda-USL-12 di Viareggio ad adibirlo in mansioni confacenti al livello di inquadramento. Rigettava, perchè non provata, la domanda risarcitoria ed altresì quella relativa al premio di produttività.

2. Il M. appellava la decisione e ne chiedeva la riforma con integrale accoglimento del ricorso introduttivo. L'Azienda USL (OMISSIS) di Viareggio resisteva al gravame, ma proponeva altresì appello incidentale al fine di sentir rigettare integralmente il ricorso introduttivo.

La Corte d'appello di Firenze con sentenza 19/2/2010 rigettava l'appello incidentale proposto da Azienda USL (OMISSIS) Viareggio avverso la sentenza n. 324 del 17/6/2007 del Tribunale di Lucca e, in parziale accoglimento dell'appello principale proposto dal M., condannava la Azienda appellata a risarcire al M. il danno specificato in parte motiva pagandogli la somma di Euro 500.00 mensili per tutto il tempo decorrente dallo scadere del periodo di prova e fino al 30/4/2004, oltre ad interessi sulle somme rivalutate dalla data della sentenza e fino al definitivo soddisfo. Compensava fra le parti 1/4 delle spese del doppio grado, liquidando l'intero in complessi Euro 8.000,00.

3. Avverso questa pronuncia ricorre per cassazione l'azienda USL (OMISSIS) di Viareggio con due motivi. Resiste con controricorso la parte intimata che ha anche depositato memoria.

Motivi della decisione

1. Il ricorso è articolato in due motivi.

Con il primo motivo l'USL di Viareggio contesta la decisione della Corte d'appello la quale ha stabilito: che la USL aveva legittimamente "provato" il lavoratore su diverse posizioni lavorative; che all'esito del periodo di prova, pur potendo, come l'ordinamento glielo consentiva, recedere per mancato superamento dello stesso, aveva optato per il mantenimento in servizio; che, questo punto, al lavoratore andava applicato il trattamento previsto dal contratto e, dunque, in particolare, lo stesso andava assegnato a mansioni in linea con il livello di inquadramento; ciò che non era avvenuto.

Con il secondo motivo la ricorrente contesta il riconoscimento del danno risarcibile.

2. Il ricorso - i cui motivi possono essere esaminati congiuntamente - è infondato.

2.1. Il primo motivo di ricorso, che riguarda l'esistenza del demansionamento ritenuto sia dal giudice di primo grado che dalla corte d'appello, muovono essenzialmente censure in fatto, esprimendo un mero dissenso nella valutazione delle risultanze di causa, quale quella operata dalla sentenza impugnata, confermativa in questa parte della pronuncia di primo grado, con tipico apprezzamento di merito.

Il tribunale e la Corte d'appello hanno valutato concordemente le mansioni dell'originario ricorrente come riferibili alla categoria C di inquadramento, sicchè erano certamente di concetto, ed hanno rilevato come invece il lavoratore fosse stato in concreto assegnato a mansioni meramente esecutive, ossia a fare fotocopie e fax.

In diritto poi correttamente la corte d'appello ha richiamato la L. n. 68 del 1999, art. 10, comma 2, che prevede che il datore di lavoro non può richiedere al disabile una prestazione non compatibile con le sue minorazioni. Pertanto l'azienda ricorrente non poteva fondatamente eccepire che il lavoratore non era in concreto in grado di svolgere mansioni di concetto. Giustamente la corte d'appello rileva che l'azienda avrebbe potuto semmai concordare con il lavoratore un patto di demansionamento; cosa che invece non ha fatto.

2.2. Parimenti non può essere accolto il secondo motivo perchè infondato.

La corte d'appello ha ritenuto assolto l'onere probatorio di dimostrare il danno risarcibile a mezzo di presunzioni ed ha specificamente indicato gli elementi da cui desumere il danno.

Infatti la corte territoriale ha tenuto conto della consistente durata del demansionamento, essendosi esso protratto per oltre quattro anni. Tale demansionamento poi presentava in sè connotati di gravità, posto che non erano state affidate al M. mansioni non già solo collocabili al limite della qualifica posseduta, bensì molto inferiori ad essa, posto che effettuare fotocopie e fax non poteva certo essere comparabile con le mansioni previste per la Cat.

"C" che implicavano conoscenze teoriche specialistiche, elevate capacità tecniche, autonomia e responsabilità, nè con il titolo di studio - laurea - posseduto.

La Corte poi menziona poi anche il fatto che era uso che agli impiegati inquadrati a bassi livelli si potesse richiedere che portassero il caffè ad altri.

Nel complesso, quindi, la Corte d'appello ha motivatamente ritenuto che i fatti accertati consentissero di ritenere acquisita, sia pur presuntivamente, la dimostrazione di una lesione del diritto alla dignità della persona sul luogo di lavoro con rispetto del patrimonio professionale insito nell'inquadramento spettante al lavoratore, secondo l'atto di assunzione (o successivamente acquisito).

3. Il ricorso va quindi nel suo complesso rigettato.

Alla soccombenza consegue la condanna del ricorrente al pagamento delle spese processuali di questo giudizio di cassazione nella misura liquidata in dispositivo.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso; condanna il ricorrente al pagamento delle spese di questo giudizio di cassazione liquidate in Euro 50,00 (cinquanta) per esborsi, oltre Euro 3.000,00 (tremila) per compensi d'avvocato ed oltre accessori di legge.

Così deciso in Roma, il 18 aprile 2013.

Depositato in Cancelleria il 11 ottobre 2013

Cass. civ. Sez. lavoro, Sent., (ud. 18/12/2015) 05-04-2016, n. 6575

CORTE DEI CONTI

In genere

LAVORO SUBORDINATO (RAPPORTO DI)

Licenziamento

Fatto Diritto P.Q.M.

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

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. ROSSELLI Federico - Presidente -
Dott. MANNA Antonio - Consigliere -
Dott. TORRICE Amelia - Consigliere -
Dott. RIVERSO Roberto - Consigliere -
Dott. SPENA Francesca - rel. Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso 13351-2013 proposto da:

C.L.G. (DATORE DI LAVORO), C.F. (OMISSIS), elettivamente domiciliata in ROMA, CORSO VITTORIO EMANUELE II 326, presso lo studio dell'avvocato RENATO SCOGNAMIGLIO, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato CLAUDIO SCOGNAMIGLIO, giusta delega in atti;
- ricorrente -

contro

S.S., C.F. (OMISSIS), elettivamente domiciliata in ROMA, P.ZA ADRIANA 5, presso lo studio dell'avvocato MARIA GRAZIA LEONE, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato STEFANO MUGGIA, giusta delega in atti;

- controricorrente -

avverso la sentenza n. 5829/2012 della CORTE D'APPELLO di ROMA, depositata il 09/07/2012 R.G.N. 3677/11;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 18/12/2015 dal Consigliere Dott. FRANCESCA SPENA;

udito l'Avvocato CLAUDIO SCOGNAMIGLIO;

udito l'Avvocato STEFANO MUGGIA;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. SANLORENZO Rita, che ha concluso per il rigetto del ricorso.

Svolgimento del processo

Con ricorso del 15.3.2007 S.S. agiva nei confronti dell'avvocato C.L.G. davanti al Tribunale di Roma, quale Giudice del Lavoro, chiedendo accertarsi la intercorrenza tra le parti di un rapporto di lavoro subordinato nel periodo 6 settembre 1993- 27 settembre 2005 ascrivibile al livello 4[^] del CCNL STUDI PROFESSIONALI e per l'effetto:

Condannare parte convenuta al pagamento delle differenze di retribuzione maturate e del TFR. Dichiarare la nullità/ illegittimità del licenziamento intimato in data 27.9.2005 perchè determinato da motivo illecito e/o discriminatorio, con condanna di parte convenuta alla reintegra nelle mansioni ed al pagamento delle retribuzioni maturate dal licenziamento alla reintegra- anche a titolo di risarcimento del danno - sulla base dell'ultima retribuzione dovuta;

- In via gradata rispetto al suddetto capo di domanda, dichiarare ancora in essere il rapporto di lavoro e condannare parte convenuta al pagamento delle retribuzioni dalla data del licenziamento sino a valida risoluzione del rapporto - anche a titolo di risarcimento del danno - sulla base dell'ultima retribuzione dovuta;

- In via di ulteriore subordine, dichiarare la illegittimità del licenziamento, con condanna di parte convenuta alla riammissione in servizio della ricorrente nel termine di tre giorni ed in mancanza al risarcimento del danno, nella misura di dieci mensilità retribuzione dovuta.

Si costituiva parte convenuta contestando il fondamento della domanda.

Il Tribunale dichiarava la illegittimità del licenziamento- ritenendo l'atto adottato per ragioni disciplinari in violazione del procedimento di cui all'art. 7 Statuto dei Lavoratori- e condannava l'avvocato C.L. alla riassunzione della S. ed, in mancanza, al risarcimento del danno, nella misura di sei mensilità dell'ultima retribuzione; rigettava per il resto la domanda.

Proponeva appello la lavoratrice chiedendo l'integrale accoglimento delle domande.

Si costituiva parte appellata, proponendo appello incidentale quanto al capo della sentenza che la vedeva soccombente.

Con sentenza del 20 giugno - 9 luglio 2012 (nr 5829/2012) la Corte d'Appello di Roma, in parziale riforma della sentenza impugnata, dichiarava la nullità del licenziamento in quanto discriminatorio rispetto al proposito manifestato dalla lavoratrice di sottoporsi all'estero a pratiche di inseminazione artificiale (o

comunque dovuto ad un motivo illecito determinate). Ordinava la reintegrazione della ricorrente nelle mansioni e condannava il datore di lavoro al pagamento delle retribuzioni globali di fatto maturate dal licenziamento alla reintegra oltre accessori - ed al versamento dei contributi. Rigettava gli ulteriori motivi dell'appello principale e dichiarava assorbito l'appello incidentale.

Avverso la sentenza propone ricorso per Cassazione l'avvocato C.L.G., articolato in due motivi.

Resiste con controricorso S.S..

Entrambe le parti hanno depositato memorie.

Motivi della decisione

1. Con il primo motivo la ricorrente denuncia violazione o falsa applicazione degli artt. 32 e 37 Cost., art. 2, n. 1 e art. 5, n. 1 della direttiva CEE 76/207 in relazione agli artt. 1345, 1324, 1418 e 2697 c.c., all'art. 54 della Carta dei diritti fondamentali della Unione Europea ed al D.Lgs. n. 196 del 2000, art. 8.

Evidenzia:

Da un lato come, diversamente da quanto affermato dalla Corte territoriale, non vi era alcuna violazione delle tutele previste per l'ipotesi di malattia, non essendo configurabile un licenziamento "in prevenzione rispetto alle future assenze per malattia" secondo la terminologia impiegata nella sentenza impugnata- in quanto le assenze per malattia non potevano essere programmate ma erano la conseguenza di uno stato morboso già manifestatosi.

Dall'altro come la discriminatorietà e la natura unica e determinante del motivo illecito risultavano escluse dal tenore della lettera di licenziamento e dalla successiva specificazione dei motivi (quest'ultima del 17 novembre 2005).

La comunicazione di licenziamento evidenziava, infatti, quale ragione del recesso le ricadute negative delle assenze programmate sulla funzionalità dello studio e, dunque, una ragione economica, circostanza che di per sé escludeva il motivo discriminatorio così come il carattere unico e determinante del motivo illecito.

Inoltre non poteva ritenersi sussistere il motivo discriminatorio o illecito a fronte di una condotta della ricorrente intesa ad utilizzare l'istituto delle assenze per malattia al di là dei limiti ad esso propri, non essendo configurabile una assenza per malattia in "prevenzione". Nella comunicazione dei motivi si faceva riferimento a precise condotte, costituenti utilizzazione abusiva dell'istituto della assenza per malattia e, comunque, alla violazione degli obblighi discendenti dal rapporto di lavoro; ed invero il giudice del primo grado aveva annullato il licenziamento per la illegittimità asseritamente derivante dal mancato rispetto del procedimento disciplinare.

Il motivo è infondato.

La Corte d'Appello nella sentenza impugnata ha dichiarato il licenziamento discriminatorio per ragioni di genere, in quanto "la datrice di lavoro ha adottato un atto la cui ragione esclusiva e determinante risiede nella intenzione manifestata dalla dipendente di assentarsi ancora dal lavoro per sottoporsi all'inseminazione artificiale, così compromettendo il regolare funzionamento dello studio professionale. Rilevano dunque le future assenze dal lavoro indotte dalla inseminazione, quindi è sanzionata una condotta legittima che è esclusiva della donna".

Ha richiamato la pronuncia della Corte di Giustizia- sentenza 26 febbraio 2008 in causa C 506/06 - che ha ritenuto discriminatorio il licenziamento comunicato alla lavoratrice prima dell'impianto nell'utero degli ovuli fecondati in vitro ove sia dimostrato che detto licenziamento è stato essenzialmente determinato dalla peculiare condizione in cui ella versava o dalla sua futura maternità.

Nel suddetto precedente il giudice Europeo ha evidenziato che nella situazione esaminata non era applicabile la direttiva 92/85, richiamata dal giudice del rinvio (ed, in particolare, il divieto di licenziamento delle lavoratrici gestanti disposto dall'art. 10, n. 1 della suddetta direttiva) - ma era rilevante la tutela contro la discriminazione fondata sul sesso, riconosciuta dalla direttiva 76/207.

Si legge in sentenza, ai punti 50 e 51.

"50. Certamente i lavoratori di entrambi i sessi possono avere un Impedimento di carattere temporaneo ad effettuare il loro lavoro a causa dei trattamenti medici che debbano seguire. Tuttavia, gli interventi di cui trattasi nella causa principale, vale a dire un prelievo follicolare e il trasferimento nell'utero della donna degli ovuli prelevati immediatamente dopo la loro fecondazione, riguardano direttamente soltanto le donne. Ne consegue che il licenziamento di una lavoratrice a causa essenzialmente del fatto che essa si sottoponga a questa fase importante di un trattamento di fecondazione in vitro costituisce una discriminazione diretta fondata sul sesso.

51 Ammettere la possibilità che un datore di lavoro licenzi una lavoratrice in circostanze come quelle di cui alla causa principale sarebbe peraltro in contrasto con la finalità di tutela perseguita dall'art. 2, n. 3, della direttiva 76/207, qualora, ovviamente, il licenziamento si fondasse essenzialmente sul fatto del trattamento di fecondazione in vitro e, in particolare, sugli interventi specifici menzionati nel punto precedente che un siffatto trattamento comporta".

La sentenza nella presente sede impugnata ha fatto corretta applicazione del principio di non discriminazione per ragioni di genere, di cui la direttiva 76/207 sulla parità di trattamento tra uomini e donne in materia di occupazione e impiego- (poi confluita nella direttiva di rifusione nr. 54/2006) - costituisce attuazione concreta.

La Corte territoriale non ha inteso, infatti, applicare in via anticipata la tutela prevista per la malattia della lavoratrice- non ancora verificatasi - ma ha accertato la nullità dell'atto in quanto determinato dalla intenzione manifestata dalla lavoratrice di sottoporsi agli interventi di fecondazione in vitro.

Rispetto al carattere discriminatorio del licenziamento rileva unicamente il rapporto di causalità tra il trattamento di fecondazione e l'atto di recesso e non anche la circostanza che l'intervento - con il conseguente

impedimento al lavoro- sia stato già effettuato, sia in corso (come nella fattispecie scrutinata dalla Corte di Giustizia) ovvero, come nella fattispecie di causa, sia stato semplicemente programmato.

Sotto un diverso profilo il ricorrente assume che la natura discriminatoria del licenziamento sarebbe esclusa dalla esistenza del motivo economico - ovvero il riflesso negativo delle future assenze sulla organizzazione dello studio professionale - già esternato nella comunicazione di licenziamento del 27 settembre 2005 e dalla concorrenza delle ulteriori ragioni, anche di natura disciplinare, indicate nella lettera di comunicazione dei motivi del 17 novembre 2005.

L'assunto è infondato.

Esso ha quale implicito presupposto la attrazione del licenziamento discriminatorio alla fattispecie del licenziamento determinato da motivo illecito- ai sensi dell'art. 1345 c.c. - con la conseguente sussistenza della illiceità soltanto allorquando il motivo illecito sia esclusivo e determinante.

L'equivoco nasce dalla assimilazione del licenziamento discriminatorio al licenziamento ritorsivo, in relazione al quale la consolidata giurisprudenza di questa Corte (ex plurimis: Cass. n. 3986/2015; Cass. n. 17087/11; Cass. n. 6282/11; Cass. n. 16155/09) ha affermato non essere sufficiente che il licenziamento sia ingiustificato, essendo piuttosto necessario che il motivo pretesamente illecito sia stato l'unico determinante.

La assimilazione del licenziamento ritorsivo al licenziamento discriminatorio viene compiuta in alcune pronunzie di questa Corte (cfr. Cassazione civile, sez. lav., 08/08/2011, n. 17087) allo scopo di estendere al licenziamento ritorsivo le tutele previste per il licenziamento discriminatorio.

La ricerca dell'intento illecito è tuttavia rilevante al solo fine di estendere l'area di protezione delineata da specifiche disposizioni di legge.

La nullità derivante dal divieto di discriminazione discende invece direttamente dalla violazione di specifiche norme di diritto interno ed Europeo, senza passare attraverso la mediazione dell'art. 1345 c.c..

Sotto il primo profilo rilevano le previsioni della L. n. 604 del 1966, art. 4, della L. n. 300 del 1970, art. 15, della L. n. 108 del 1990, art. 3.

In particolare, la L. n. 308 del 1990, art. 3 dispone che il licenziamento determinato da ragioni discriminatorie - ai sensi della L. 15 luglio 1966, n. 604, art. 4 e della L. 20 maggio 1970, n. 300, art. 15 - è nullo indipendentemente dalla motivazione addotta con ciò evidenziando, da un lato, una netta distinzione della discriminazione dall'area dei motivi, dall'altro, la idoneità della condotta discriminatoria a determinare di per sé sola la nullità del licenziamento.

Negli stessi sensi rileva la previsione, già contenuta nella L. n. 125 del 1991, art. 4 (ed oggi nel D.Lgs. n. 150 del 2011, art. 28) secondo cui il lavoratore che esercita la azione a tutela dalla discriminazione può limitarsi a fornire elementi di fatto - desunti anche da dati di carattere statistico (relativi alle assunzioni, ai regimi retributivi, all'assegnazione di mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera ed ai licenziamenti) - idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione dell'esistenza di atti o comportamenti discriminatori, spettando in tal caso al convenuto l'onere della prova sulla insussistenza della discriminazione.

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.

Sotto il profilo del diritto Europeo, poi, la discriminazione diretta fondata sul sesso è di per sé vietata.

La direttiva 76/207 - e successive modifiche - opera una distinzione tra le discriminazioni direttamente fondate sul sesso e quelle definite "indirette"; unicamente le disposizioni, i criteri o le prassi che possono costituire discriminazioni indirette possono, in forza del suo art. 2, n. 2, secondo trattino, evitare la qualifica di discriminazione, a condizione che siano "giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il loro conseguimento siano appropriati e necessari". Una siffatta possibilità non è invece prevista per le disparità di trattamento atte a costituire discriminazioni dirette, ai sensi dell'art. 2, n. 2, primo trattino, di tale direttiva (in termini: Corte giustizia UE, sez. 2, 18/11/2010, procedimento C356/09).

Pertanto la normativa nazionale ove interpretata nel senso di consentire una discriminazione diretta fondata sul sesso per la concorrenza di un' altra finalità, pur legittima (nella specie il dedotto motivo economico) sarebbe contraria alla direttiva.

2. Con il secondo motivo di ricorso viene dedotta carenza o contraddittorietà della motivazione in ordine ad un fatto controverso e decisivo del giudizio, costituito dalla sussistenza del motivo discriminatorio o illecito del licenziamento.

Si lamenta in particolare che la Corte abbia ravvisato la ragione determinante ed esclusiva del licenziamento nel proposito della dipendente di assentarsi dal lavoro per sottoporsi ad inseminazione artificiale, pur dando contestualmente atto del motivo economico sotteso al recesso, consistente nelle disfunzioni organizzative per la attività dello studio.

Di tale ragione oggettiva era indicazione sia nella lettera di licenziamento che nella comunicazione dei motivi, la quale faceva altresì riferimento all'utilizzo abusivo dell'istituto della assenza per malattia ed a congegni posti in essere dalla lavoratrice in violazione degli obblighi discendenti dal rapporto di lavoro subordinato.

Le ragioni manifestate escludevano, secondo l'assunto della ricorrente, la possibilità di ravvisare il motivo discriminatorio e, comunque, il motivo illecito di carattere unico e determinante; sul punto la sentenza era carente di motivazione.

La carenza di motivazione viene altresì dedotta sotto il profilo del mancato esame delle circostanze di fatto acquisite in sede di esame testimoniale, attraverso la audizione del teste avvocato C. S.P., coniuge della ricorrente, circostanze dotate di rilevanza decisiva al fine di escludere la natura discriminatoria del licenziamento, in quanto dimostranti la solidarietà della ricorrente- e del coniuge di lei - rispetto alle scelte di vita della dipendente.

La censura è infondata.

La sentenza impugnata è fondata su una doppia ratio decidendi ovvero, da un lato, la esistenza di una discriminazione diretta fondata sul sesso e dall'altro, in ogni caso, ("indipendentemente da tale assunto, di per sé decisivo...") la nullità del licenziamento perchè dovuto ad un motivo illecito determinante.

Sotto il primo profilo la Corte territoriale ha ritenuto provata la natura discriminatoria del licenziamento sulla base delle emergenze documentali ed in particolare in ragione del tenore della comunicazione del 27.9.2005, dalla quale emergeva che la ragione che aveva indotto la datrice di lavoro a recedere dal contratto era rappresentata dal proposito manifestato dalla dipendente di assentarsi in futuro periodicamente dal lavoro per sottoporsi ad un nuovo ciclo di inseminazione artificiale.

Non si ravvisa alcuna illogicità della motivazione nè contraddittorietà, che viene invocata dalla parte ricorrente sul presupposto della rilevanza del concorrente motivo economico.

Neppure sussiste il dedotto vizio di omesso esame degli esiti della prova testimoniale (verbale della audizione del teste C.S. P., coniuge della ricorrente, alla udienza del 23.4.2008).

Per costante giurisprudenza di legittimità non incorre nel vizio di omesso esame o di insufficiente motivazione su punti decisivi il giudice del merito che, nel sovrano apprezzamento delle prove, attinga il proprio convincimento agli elementi istruttori che ritenga più attendibili ed idonei alla risoluzione della controversia.

Ne consegue (ex plurimis: Cass. n. 10156 del 2004) che, per poter configurare il vizio di motivazione su un asserito punto decisivo della controversia, è necessario un rapporto di causalità fra la circostanza che si assume trascurata e la soluzione giuridica data alla controversia, tale da far ritenere che quella circostanza, se fosse stata considerata, avrebbe portato ad una diversa soluzione della vertenza.

Nella fattispecie di causa il giudice ha fondato il proprio convincimento su documenti provenienti dal datore di lavoro ovvero la comunicazione di licenziamento e la successiva specificazione dei motivi; non risulta la decisività della mancata considerazione dell'esito della prova testimoniale, non idonea ad infirmare nei suoi contenuti, come indicati in ricorso, il tenore testuale dei predetti documenti.

Le spese, liquidate in dispositivo, seguono la soccombenza.

Trattandosi di giudizio instaurato successivamente al 30 gennaio 2013 sussistono le condizioni per dare atto - ai sensi della L. n. 228 del 2012, art. 1, comma 17 (che ha aggiunto il D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 quater) - della sussistenza dell'obbligo di versamento da parte della ricorrente dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per la impugnazione integralmente rigettata.

P.Q.M.

Rigetta il ricorso.

Condanna parte ricorrente al pagamento delle spese che liquida in Euro 3.800,00 per compensi ed Euro 100 per esborsi oltre spese forfetarie nella misura del 15% IVA e CPA con attribuzione ai difensori.

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

Così deciso in Roma, il 18 dicembre 2015.

Depositato in Cancelleria il 5 aprile 2016

Cass. civ. Sez. Unite, 07/08/1998, n. 7755

Fatto Diritto P.Q.M.

LAVORO SUBORDINATO (RAPPORTO DI)

Categoria, qualifica, mansioni

Licenziamento

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE SEZIONE UNITE CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg. Magistrati:

Dott. Antonio LA TORRE Primo Pres. agg.

Dott. Romano PANZARANI Pres. di Sez.

Dott. Antonio SENSALE Pres. di Sez.

Dott. Francesco AMIRANTE Consigliere

Dott. Giuseppe IANNIRUBERTO Consigliere

Dott. Sergio MATTONE Consigliere

Dott. Francesco CRISTARELLA ORESTANO Consigliere

Dott. Antonio VELLA Consigliere

Dott. Federico ROSELLI Rel. Consigliere

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso proposto da:

FRANCESCO D'ALESSANDRO, elettivamente domiciliato in ROMA, VIA DEGLI SCIPIONI 132, presso lo studio FELICI rappresentato e difeso dall'avvocato TOMMASO GERMANO, giusta delega a margine del ricorso;

Ricorrente

contro

G. PUTIGNANO E FIGLI S.R.L. QUALE SOCIETÀ INCORPORANTE LA METAEDIL S.R.L., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA A. BERTOLONI 26/B, presso lo studio dell'avvocato DONATO BRUNO, rappresentata e difesa dall'avvocato NICOLA PUTIGNANO, giusta delega a margine del controricorso;

Controricorrente

avverso la sentenza n. 4410/94 del Tribunale di BARI, depositata il 23/09/94;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 30/04/98 dal Consigliere Dott. Federico ROSELLI;

udito l'avvocato Tommaso GERMANO, per il ricorrente;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. Antonino LEO che ha concluso per l'accoglimento del ricorso.

Svolgimento del processo

...(Omissis)

Con ricorso del 15 marzo 1991 al Pretore di Bari, Francesco D'Alessandro espose di essere stato assunto nel 1985 dalla S.r.l. Metaledil con le mansioni di meccanico-carpentiere, di avere subito un infortunio sul lavoro il 13 luglio 1989 e di essere stato licenziato con lettera del 26 ottobre 1990 per sopravvenuta totale inidoneità alle dette mansioni. Deducendo l'illegittimità del licenziamento per violazione delle leggi 15 luglio 1966, n. 604 e 20 maggio 1970, n. 300, egli chiedeva la condanna della società alla reintegrazione nel posto di lavoro ed al risarcimento dei danni.

Costituitasi la convenuta, il Pretore accoglieva la domanda con decisione del 20 ottobre 1992 ritenendo non provata la definitiva inattitudine del lavoratore alle mansioni.

Proposto appello dalla soccombente, il Tribunale riformava la decisione pretorile con sentenza del 23 settembre 1994 fondandosi sul referto di una consulenza tecnica disposta d'ufficio, dalla quale risultava che - a causa di una cardiopatia congenita con invalidità civile del trentacinque per cento, lesione grave per infortunio sul lavoro alla mano sinistra con postumi invalidanti del venti per cento, malattia vertebrale con ernie di scali e radiopatia sinistra nonché stato depressivo-ansioso reattivo - il D'Alessandro era inabile al lavoro di meccanico-carpentiere. Notava ancora il Tribunale come dalla consulenza tecnica risultasse impossibile prevedere il recupero delle funzioni fisiche da parte del lavoratore.

Il collegio d'appello riteneva in conclusione la legittimità della risoluzione del rapporto di lavoro per impossibilità sopravvenuta della prestazione (art. 1464 c.c.) ed escludeva che essa dovesse essere preceduta dalla prova, a carico della datrice di lavoro, di non poter assegnare il lavoratore infortunato o ammalato a mansioni compatibili con le sue ridotte capacità lavorative.

Contro questa sentenza ricorre per cassazione il D'Alessandro. Resiste con controricorso la S.r.l. G. Putignano e figli, incorporante la S.r.l. Metaledil. Il ricorrente depositava una memoria in prossimità dell'udienza del 17 luglio 1997 davanti alla Sezione lavoro di questa Corte.

Ad esito di quest'udienza la Sezione, constatato un contrasto di giurisprudenza circa il suddetto onere, a carico del datore di lavoro (che intendesse intimare un licenziamento per sopravvenuta inidoneità fisica alle mansioni), della prova di non poter assegnare il lavoratore ad altre mansioni compatibili con le ridotte capacità lavorative, ordinava la trasmissione degli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni unite ai sensi dell'art. 374 c.p.c. Il Primo Presidente decideva in conformità.

Motivi della decisione

1. L'esposizione dei motivi d'impugnazione da parte del ricorrente non è del tutto ordinata poiché in ciascuno di essi, rubricati rispettivamente con "omessa motivazione circa un punto decisivo della controversia" (primo motivo), "violazione e falsa applicazione dell'art. 5 l. 20 maggio 1970 n. 300" (secondo motivo) e "violazione e falsa applicazione degli artt. 1464 e 2110 cod. civ." (terzo motivo), sono contenute in realtà due distinte censure.

Con la censura logicamente precedente il ricorrente lamenta che il Tribunale abbia ritenuto la permanente inabilità del prestatore di lavoro alle mansioni di meccanico carpentiere senza averne accertato le infermità nei modi previsti dall'art. 5 cit. e comunque con motivazione insufficiente. Egli aggiunge che il carattere soltanto temporaneo dell'inabilità era provato da un certificato da lui depositato in atti e redatto da un medico dell'Università di Bari.

La censura non è fondata.

L'art. 5 l. n. 300 del 1970 vieta accertamenti da parte del datore di lavoro sulla idoneità e sulla infermità per malattia o infortunio del lavoratore dipendente (primo comma) e subordina la legittimità del controllo sulle assenze al ricorso, sempre da parte datoriale, ai servizi ispettivi degli istituti previdenziali competenti (secondo comma) o ad enti pubblici e ad istituti specializzati di diritto pubblico (terzo comma).

Lo scopo di queste disposizioni è duplice, consistendo nella garanzia del lavoratore contro intrusioni nella sua sfera privata attraverso accertamenti eseguiti da medici di fiducia del datore di lavoro e, parimenti, nella tutela dell'imparzialità della diagnosi e della prognosi.

Esse non impediscono però al giudice, chiamato a decidere circa la legittimità del licenziamento per malattia, di accertare l'esistenza, la gravità e la durata di questa attraverso i mezzi di prova e di valutazione previsti dal codice di procedura civile.

In ogni caso, la fede pubblica che assiste i referti redatti dagli organi ispettivi di cui all'art. 5 cit. concerne l'accertamento della malattia del lavoratore, ma non anche la sua attitudine a giustificare l'assenza del lavoro, la quale è oggetto di un giudizio non vincolante per il giudice (Cass. 5 settembre 1988 n. 5027).

Nel caso di specie il collegio di merito ha ritenuto di aderire al risultato della consulenza tecnica disposta d'ufficio, ossia al giudizio di permanenza dell'infermità invalidante a carico del lavoratore, e di disattendere così la contraria documentazione prodotta dal medesimo, pur proveniente da un medico universitario.

In tale giudizio, esaurientemente motivato con riguardo a tutte le malattie e menomazioni sopportate dall'attuale ricorrente (si veda in narrativa), non è ravvisabile alcun vizio tale da portare alla cassazione (cfr. Cass. 20 maggio 1993 n. 5713).

2. Con la seconda censura, riferita agli artt. 1464 e 2110 c.c., il ricorrente afferma che il Tribunale avrebbe dovuto ritenere illegittimo il licenziamento per invalidità permanente, perché non preceduto dalla prova, da parte della società datrice di lavoro, della impossibilità di assegnare il lavoratore a mansioni adatte alle sue condizioni fisiche e comunque almeno equivalenti a quelle già esercitate.

Il ricorrente aggiunge che le mansioni assegnategli in sede di conclusione del contratto di lavoro erano diverse da quelle, di perito meccanico e disegnatore, indicate nella lista di collocamento.

3. Questo motivo è fondato.

Le norme da considerare per lo scrutinio di fondatezza sono le seguenti.

L'art. 2118 c.c. nel testo originario del 1942 attribuisce il diritto di recesso dal contratto di lavoro subordinato a "ciascuno dei contraenti", imponendo solo l'obbligo di preavviso "nel termine e nei modi stabiliti". Esso però è stato modificato dall'art. 1 della legge 15 luglio 1966, n. 604, secondo cui il licenziamento del prestatore di lavoro non è più libero ma "ove la stabilità non sia assicurata da norme di legge, di regolamento e di contratto collettivo e individuale" esso "non può avvenire che per giusta causa ai sensi dell'art. 2119 c.c. o per giustificato motivo". L'art. 3 della stessa legge precisa che "il licenziamento per giustificato motivo con preavviso è determinato da un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del prestatore di lavoro ovvero da ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa".

Nel diritto privato generale si distingue tra inadempimento imputabile e inadempimento non imputabile al debitore: il primo costituisce illecito civile contrattuale e dà luogo sia al risarcimento del danno subito dal creditore ai sensi dell'art. 1218 c.c., sia alla risoluzione del contratto a prestazioni corrispettive ai sensi degli artt. 1453, primo comma, e 1455 c.c. Il secondo - se cagionato da impossibilità sopravvenuta (e non imputabile) della prestazione - dà luogo all'estinzione dell'obbligazione ex art. 1256 c.c. ed alla risoluzione del contratto a prestazioni corrispettive ai sensi degli artt. 1463 e 1464 c.c.

Può dirsi che l'art. 3 della legge n. 604 del 1966, parlando generalmente di notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del prestatore, si riferisca sia alle ipotesi di inadempimento imputabile, che produce il licenziamento per giustificato motivo soggettivo, sia alle ipotesi di inadempimento non imputabile, che giustifica il licenziamento per motivo oggettivo. Esso costituisce così, siccome concernente un contratto sinallagmatico qual è quello di lavoro e per quanto qui interessa, una specificazione degli artt. 1453, 1455, 1463, 1464 c.c.

Nelle controversie come quella attuale suole essere evocato l'art. 1464, secondo cui "quando la prestazione di una parte è divenuta solo parzialmente impossibile, l'altra parte... può recedere dal contratto qualora non abbia un interesse apprezzabile all'adempimento parziale". Infatti una tesi dottrinale riconduce all'impossibilità parziale la sopravvenuta incapacità, non totale, di eseguire la prestazione lavorativa.

Viene infine in considerazione l'art. 2110 c.c., secondo comma, che dà all'imprenditore il diritto di recedere dal contratto di lavoro "a norma dell'art. 2118" quando la malattia del lavoratore si sia protratta oltre "il periodo stabilito dalla legge, dal contratto collettivo, dagli usi" oppure secondo una valutazione

d'equità. Questa norma secondo una parte della giurisprudenza introduce nel contratto di lavoro una clausola risolutiva espressa, ossia attribuisce al datore il diritto potestativo di recedere attraverso una dichiarazione di volontà al solo verificarsi di un certo evento (la protrazione della malattia oltre il detto periodo, detto "di comporto" ossia di tolleranza) e senza ricorrere al meccanismo ordinario della risoluzione, ed in particolare alla valutazione di gravità del motivo.

Talvolta la giurisprudenza assimila l'ipotesi di sopravvenuta inidoneità fisica permanente a quella di protrazione della malattia oltre il periodo di comporto (Cass. 19 settembre 1996, n. 7638). Né l'eventualità di riacquisto della capacità lavorativa in tempo successivo basterebbe a differenziare le due ipotesi, giacché l'assenza prolungata determinerebbe la definitiva estinzione dell'interesse del datore alla persistenza del rapporto (cfr. art. 1256 c.c., secondo comma,). L'impossibilità parziale viene così equiparata a quella temporanea.

4. La questione ora sottoposta alla Corte dal ricorrente consiste nello stabilire se la sopravvenuta inidoneità fisica permanente del lavoratore all'esecuzione della prestazione dovuta comporti, salvo diverse previsioni legislative o contrattuali, il diritto ad essere assegnato ad attività diverse da quella già svolta e compatibili con la detta inidoneità, oppure se essa sia sufficiente a giustificare la risoluzione del contratto per iniziativa del datore, vale a dire il licenziamento.

La prima delle due scelte alternative si fonda essenzialmente sull'insussistenza del giustificato motivo di licenziamento (art. 3 della legge n. 604 del 1966), qualora vi sia la possibilità di assegnare il lavoratore infermo ad attività diverse. La seconda sul diritto del datore di apprezzare personalmente il proprio interesse alla prestazione parziale (art. 1464 citato) oppure sul carattere di specialità della clausola risolutiva espressa posta dall'art. 2110 citato.

5. Nel secondo senso si esprime la giurisprudenza prevalente di questa Corte e precisamente, tra le più recenti, dalle sentenze 21 maggio 1991, n. 5686, 26 giugno 1991, n. 7196, 21 maggio 1992, n. 6106, 14 maggio 1994, n. 7423, 18 marzo 1995, n. 3174, 12 giugno 1995, n. 6601, 27 giugno 1996, n. 5927, 13 marzo 1996, n. 2067, 6 novembre 1996, n. 9684.

All'argomento poco sopra richiamato e fondato sull'art. 2110 c.c. si aggiunge che:

a) l'art. 2103 c.c. permette bensì al datore di lavoro di mutare, seppure mai in peggio, le mansioni del lavoratore, ma non implica il diritto di quest'ultimo al mutamento, neppure al fine di evitare il licenziamento (Cass., n. 6601 del 1995, cit.);

b) qualora la malattia del lavoratore sia stata causata dal modo stesso con cui le mansioni attuali vengono esercitate, neppure in questo caso egli ha diritto a mansioni diverse, ma semmai ha diritto a che le cause cosiddette morbigeniche, proprie di quelle mansioni, vengano eliminate dal datore ai sensi dell'art. 2087 c.c. (Cass. ult. cit.);

c) la valutazione dell'interesse all'adempimento parziale, prevista dall'art. 1464 c.c., è riservata alla sfera soggettiva del destinatario della prestazione, ossia del datore di lavoro (Cass. n. 9684 del 1996, cit.);

d) l'art. 2110 citato è giustificato da elementari esigenze di tutela dell'organizzazione aziendale (Cass. n. 5927 del 1996 cit.) e non contrasta perciò con la tutela costituzionale del lavoro subordinato;

e) l'infermità del lavoratore deve trovare tutela in sede previdenziale e non nell'ambito dell'azienda e a carico del datore di lavoro (Cass. n. 7423 del 1994 cit.);

f) le regole valide nel sistema delle assunzioni obbligatorie degli invalidi civili e assimilati, e contenute nella legge n. 482 del 1968, non possono operare nel regime ordinario del lavoro subordinato.

6. In senso più favorevole al prestatore di lavoro si esprime un orientamento giurisprudenziale minoritario ma più recente.

Nella sent. 23 agosto 1997, n. 7908 la Sezione lavoro afferma che la sopravvenuta inidoneità fisica del prestatore legittima il datore di lavoro, a norma dell'art. 1464 c.c., a risolvere il rapporto, ove non abbia un apprezzabile interesse all'adempimento parziale; tale scelta datoriale, tuttavia, concretandosi nell'esercizio del potere di licenziamento, va esercitata nel rispetto dei principi sanciti dalla legge n. 604 del 1966, con particolare riferimento agli artt. 1 e 3. Ne consegue che può ritenersi legittimo il recesso del datore di lavoro solo quando sia provata l'impossibilità di adibire il lavoratore, la cui prestazione sia divenuta parzialmente impossibile, a mansioni equivalenti e compatibili con le sue residue capacità lavorative, senza che ciò comporti una modifica dell'assetto aziendale.

Questo orientamento era già in parte ravvisabile nella giurisprudenza della Sezione in materia di impossibilità sopravvenuta della prestazione lavorativa per *factum principis*, consistente nella revoca di un'autorizzazione amministrativa necessaria ad accedere all'area in cui doveva essere eseguita la prestazione. La fattispecie era diversa, trattandosi di revoca, e perciò di impossibilità, temporanea, onde più probabile era il residuo interesse del datore alla prestazione lavorativa (cfr. Cass. 28 febbraio 1992, n. 2461, 25 agosto 1993, n. 8947, 10 settembre 1993, n. 9453, 19 agosto 1996, n. 7638). Tuttavia in alcune di esse (ad es. la n. 2461 del 1992) si afferma corrispondere ad un principio generale "l'onere datoriale di cosiddetto *repechage* del dipendente nel caso di sua possibilità di impiego in mansioni almeno equivalenti quando vi sia stata soppressione del posto del licenziando per ristrutturazione aziendale"; questo principio, secondo l'orientamento giurisprudenziale, "indica che il licenziamento, nella legge n. 604 del 1966, rappresenta una soluzione da adottare con estrema cautela (con onere datoriale, quindi, di adozione di ogni alternativa compatibile con l'organizzazione aziendale esistente) per il grave pregiudizio che ne può risentire il lavoratore. Pertanto il necessario coordinamento della norma civilistica dell'art. 1464 c.c. con la legge n. 604 del 1966 non può porre limiti contraddittori al senso del principio".

Più tenue è l'affermazione di Cass. 8 gennaio 1983, n. 140, nella quale si nega recisamente il detto onere a carico del datore, ma si ammette la possibilità, per il prestatore, "di provare che il licenziamento sia stato assolutamente pretestuoso per la sussistenza di particolari circostanze (subiettive o afferenti

all'organizzazione dell'impresa) che denotino l'intendimento del datore di lavoro di profittare di quella situazione (di sopravvenuta invalidità del prestatore) per recedere dal contratto".

È da considerare non pertinente alla questione in esame Cass. 22 luglio 1993, n. 8152, in cui si tratta di una infermità cagionante una riduzione della capacità lavorativa in grado tale da determinare non l'impossibilità della prestazione, ma solo il necessario mutamento delle modalità d'esecuzione.

Parte della dottrina inclina a ravvisare l'onere di cui sopra osservando che:

a) l'inidoneità fisica alla prestazione costituisce un motivo oggettivo di licenziamento, da ritenere giustificato solo se la permanenza del lavoratore nell'impresa rechi pregiudizio all'attività produttiva o all'organizzazione aziendale. Perfino se il contratto collettivo prevedesse il licenziamento per superamento del periodo di comporto (vedi sopra) al giudice spetterebbe di verificare il giustificato motivo;

b) l'art. 2087 c.c., secondo cui l'imprenditore è tenuto ad adottare tutte le misure necessarie a tutelare l'integrità fisica del lavoratore, non andrebbe inteso soltanto come impositivo di obblighi di prevenzione, ma potrebbe essere usato per non privare dei mezzi di sussistenza il lavoratore ammalato;

c) l'art. 20, quinto comma, della legge n. 482 del 1968, a norma del quale "fermo il disposto dell'art. 2103 c.c. il datore di lavoro ha facoltà di adibire l'invalido (assunto obbligatoriamente) a mansioni diverse da quelle per le quali fu assunto purché compatibili con le (sue) condizioni fisiche", non sarebbe norma eccezionale ma si troverebbe espressa in una legge speciale solo per la maggiore probabilità statistica di realizzazione dell'ipotesi. In realtà essa esprimerebbe un principio valido anche per il rapporto di lavoro di diretto comune;

d) questo principio si trova espresso anche in altre norme, quali ad esempio l'art. 27 del R.D. 8 gennaio 1931, n. 148 per gli autoferrotranvieri, l'art. 16 del D.P.R. 28 novembre 1990, n. 384, di recezione dell'accordo collettivo 6 aprile 1990, per i pubblici impiegati del comparto sanitario, o il D. Lgs. 15 agosto 1991 n. 277, per i lavoratori esposti ad assorbimento del piombo.

7. L'illustrato contrasto di indirizzi induce a notare come nella materia in esame vengano in considerazione interessi protetti a livello costituzionale, i quali debbono essere bilanciati in sede di interpretazione della legislazione ordinaria, e precisamente:

- l'interesse a che i rapporti giuridici trovino attuazione nel rispetto del principio di solidarietà economica e sociale (art. 2 Cost.);

- l'interesse al lavoro ed alla promozione, da parte dell'ordinamento, delle condizioni che rendono effettivo il relativo diritto (art. 4 Cost.);

- l'interesse alla salute, tutelato come diritto soggettivo fondamentale e proprio altresì della collettività (art. 32 Cost.);

- l'interesse del lavoratore e della sua famiglia ad un'esistenza libera e dignitosa (art. 36 Cost.);

- l'interesse dell'imprenditore alla esplicazione della libera iniziativa economica, tuttavia non in contrasto con la sicurezza, la libertà e la dignità umana (art. 41 Cost.).

8. Nulla impedisce di ricondurre l'ipotesi della sopravvenuta e parziale incapacità fisica di svolgere l'attività lavorativa alle previsioni generali di impossibilità sopravvenuta della prestazione nel contratto sinallagmatico, contenute negli artt. 1463 e 1464 c.c. Infatti, quanto al contratto di lavoro subordinato, nel vigente sistema legislativo la clausola generale dell'art. 3 della legge n. 604 del 1966 costituisce specificazione, e non deroga, di quelle norme codicistiche.

È poi evidente come la questione attuale coincida solo parzialmente con l'art. 2110 cit. giacché essa può porsi anche in caso di non superamento del periodo di comporto. Per contro, quando questo sia superato, il licenziamento si baserà, quand'anche l'infermità non sia permanente, sul giustificato motivo tipizzato dall'art. 2110, che espressamente conferma la regola generale dell'art. 2118.

Si è esattamente notato in dottrina che ammettere fattispecie di estinzione del rapporto di lavoro non sottoposte ai limiti generali del sistema dei licenziamenti (fuori dei casi del venir meno degli elementi costitutivi del rapporto stesso) significherebbe ridurre arbitrariamente i limiti di operatività del sistema.

9. Il controllo di legittimità del licenziamento richiede dunque la verifica di impossibilità della prestazione e, prima ancora, la determinazione della stessa nozione di prestazione del lavoratore nel contratto di lavoro subordinato. Per giudicare impossibile una prestazione occorre infatti individuarne i caratteri concreti interpretando (art. 12 disp.att.c.c., artt. 1362 - 1371 c.c.) e, se occorre, integrando (artt. 1374 e 1375 c.c.) la fonte dell'obbligazione, legale o negoziale. E può non esser sufficiente la ricostruzione dell'originaria volontà negoziale quando, come per lo più avviene, venga programmata la rilevanza di successivi eventi: in tal caso interpretazione ed applicazione riferite al tipo contrattuale ed alla categoria dell'obbligazione permettono, insieme ai criteri di correttezza e di buona fede oggettiva (artt. 1175, 1366, 1375 c.c.), di determinare il comportamento dedotto in obbligazione.

Ciò si verifica appunto nel contratto di lavoro subordinato, in cui la "collaborazione" intellettuale o manuale del prestatore deve aversi "alle dipendenze e sotto la direzione" del datore (art. 2094 c.c.), vale a dire secondo le disposizioni che questi impartirà durante lo svolgimento del rapporto. Per di più nella determinazione del contenuto del rapporto di lavoro la volontà delle parti è spesso integrata dalla legge e dalla contrattazione collettiva. Si è osservato in dottrina come questo contratto costituisca, prima che una fonte di rapporti obbligatori, un "programma" di comportamento tra le parti.

Certamente, anche in esso l'oggetto deve essere determinato o almeno determinabile, ai sensi dell'art. 1346, ma, date le peculiari caratteristiche, di regola tale requisito viene specificato in ogni momento di attuazione del rapporto mentre, quando esso venga indicato nel documento contrattuale, è sufficiente una previsione generica, tanto che è difficile immaginare la nullità di un contratto di lavoro per indeterminabilità dell'oggetto. Nel corso del rapporto l'individuazione del comportamento dovuto dal lavoratore viene rimessa anzitutto al poter direttivo del datore ossia alle "disposizioni per l'esecuzione" oltretutto per la "disciplina" del lavoro (art. 2104 c.c.).

L'art. 2103 c.c. poi, novellato dall'art. 13 della legge n. 300 del 1970, individua l'oggetto del contratto non solo nelle mansioni ivi indicate al momento dell'assunzione ma anche in quelle corrispondenti alla categoria superiore successivamente acquisita o in quelle equivalenti alle ultime effettivamente svolte. Alla individuazione originaria concorre l'informazione, dovuta dall'imprenditore al lavoratore già ai sensi dell'art. 96 disp.att.c.c. ed ora ai sensi dell'art. 1, comma 1, lett. f, del D.Lgs. 26 maggio 1997, n. 152, circa l'inquadramento, il livello e la qualifica attribuiti, oppure le caratteristiche o la descrizione sommaria del lavoro.

Non ha, per contro, rilevanza ai fini qui considerati, e contrariamente a quel che afferma il ricorrente, la qualifica indicata dal lavoratore nella sua richiesta di collocamento e diversa da quella poi assegnata col contratto.

Entro i limiti stabiliti dall'art. 2103 c.c. può esercitarsi il potere determinativo del datore di lavoro, il quale deve altresì, nel corso del rapporto, comunicare per iscritto al lavoratore le modifiche degli elementi ora detti, non derivanti direttamente da legge, regolamento o contratto collettivo (art. 3 del D.Lgs. cit.). Tali limiti assumono così un carattere decisivo e servono, da una parte, a tutelare l'interesse del lavoratore, a cui la controparte non può chiedere collaborazione ad libitum, e, d'altra parte e come meglio si dirà in seguito, l'interesse del datore, i cui doveri di cooperare per l'esecuzione del contratto non possono superarne i limiti oggettivi.

10. Quanto alle mansioni, esse possono consistere in una determinata attività oppure possono essere scomposte in attività più specifiche o viceversa raggruppate secondo criteri di omogeneità. Nei contratti collettivi si parla talvolta di "profili" come insiemi di mansioni normalmente attribuite, a volte talmente vasti da configurare veri e propri mestieri; né è impossibile l'interpretazione estensiva del contratto. Nei casi in cui la prestazione sia molto semplice ed inserita in un'organizzazione del lavoro estremamente divisa, il mutamento di attività comporta facilmente il mutamento di mansione. Dove invece le mansioni siano complesse, il che avviene frequentemente con la diffusione ed il perfezionamento delle macchine, esse possono comprendere più attività e più facile è il passaggio a mansioni equivalenti. In tal caso suole parlarsi anche di mansione "polivalente" (cfr. Cass. 21 ottobre 1997, n. 10333, 30 luglio 1997, n. 7129).

In giurisprudenza si è precisato che le mansioni "equivalenti" alle attuali (art. 2103 cit.) sono quelle oggettivamente comprese nella stessa area professionale e salariale e, che soggettivamente, esse debbono armonizzarsi con la professionalità già acquisita dal lavoratore nel corso del rapporto, impedendone comunque la dequalificazione o la mortificazione (Cass. 28 marzo 1986, n. 2228, 19 luglio 1990, n. 7370, 20 settembre 1990, n. 9584).

Norme di chiusura sono comunque l'art. 1362 c.c., secondo comma, e l'art. 1366 c.c., che, imponendo l'interpretazione del contratto anche in base al comportamento delle parti successivo alla sua conclusione e comunque secondo un criterio di buona fede oggettiva, inducono a definire la prestazione dovuta dal lavoratore ed esigibile dal datore in tutte le attività riconducibili all'art. 2103 più volte citato (cfr. Cass. 3 febbraio 1996, n. 923).

11. Ma l'interpretazione e l'esecuzione del contratto secondo buona fede richiedono altresì di considerarne la funzione in rapporto all'interesse di entrambe le parti e perciò a tener conto, con riguardo alle singole obbligazioni che ne derivano, non soltanto della situazione di debito ma anche dei comportamenti accessori dovuti dal creditore ed idonei a facilitare l'adempimento; comportamenti che secondo una parte della dottrina costituiscono l'oggetto di distinti "obblighi di cooperazione" e di cui sarebbe indice normativo l'art. 1206 c.c., ultima parte. A questi obblighi si contrapporrebbe un interesse del debitore ad adempiere, che nei contratti sinallagmatici assumerebbe particolare rilievo in quanto strettamente connesso all'interesse alla controprestazione.

Nel rapporto di lavoro subordinato la tutela dell'interesse del lavoratore all'adempimento trova il suo fondamento nei richiamati artt. 4 e 36 Cost. e serve quale criterio di interpretazione e di determinazione secondo buona fede degli effetti del contratto, il quale dà luogo non solo ad un rapporto di scambio ma inserisce il prestatore nella comunità d'impresa e destina la sua prestazione all'organizzazione produttiva. Ne discende che l'evento impeditivo, quale la sopravvenuta inidoneità ad una certa attività, dev'essere valutato, quanto alle sue conseguenze, in relazione agli obblighi di cooperazione dell'imprenditore-creditore, così tenuto non soltanto a predisporre gli strumenti materiali necessari all'esecuzione del lavoro ma anche ad utilizzare appieno le capacità lavorative del dipendente nei limiti dell'oggetto del contratto, ossia nei già detti limiti posti dall'art. 2103 c.c.

Ciò induce a non accogliere la tesi secondo cui, divenuta parzialmente impossibile la prestazione lavorativa, il residuo interesse all'adempimento debba essere apprezzato soggettivamente - senza alcuna possibilità di controllo da parte del giudice, interprete del contratto - dall'imprenditore-creditore, a cui spetterebbe perciò un diritto potestativo di recesso, con la corrispondente situazione di mera soggezione del lavoratore. Ammesso che l'infermità dia sempre luogo ad un'impossibilità parziale e non anche, talora, ad un semplice mutamento qualitativo della prestazione, è da osservare che la tesi dell'apprezzamento soggettivo del detto interesse è stata seguita in giurisprudenza con riferimento a contratti di scambio, quale la vendita (Cass. 8 marzo 1960, n. 430, 19 settembre 1975, n. 3066), ma non è sostenibile per il contratto di lavoro, ove l'oggetto della prestazione coinvolge la stessa persona umana ed ove i già richiamati valori costituzionali impongono una ricostruzione dei rapporti d'obbligazione nell'ambito dell'organizzazione d'impresa e secondo la clausola generale di buona fede, tale da attribuire con diversi criteri gli obblighi di cooperazione all'imprenditore.

Sarà perciò il giudice di merito che, avuto riguardo alle residue capacità di lavoro del prestatore ed all'organizzazione dell'azienda come definita insindacabilmente dall'imprenditore, valuterà la persistenza dell'interesse di questo alla prestazione lavorativa, secondo buona fede oggettiva.

È da avvertire tuttavia che alla presente questione, relativa al licenziamento, rimane estraneo l'art. 2087 c.c. (contra Cass. 14 giugno 1984, n. 3559), che impone all'imprenditore obblighi di tutela dell'integrità fisica e della personalità morale del prestatore una volta che a questo siano state assegnate le mansioni.

12. Posta così la nozione di impossibilità sopravvenuta della prestazione (artt. 1256 e 1453 c.c.) in connessione con la nozione di mansioni lavorative (art. 2103 c.c.), che determina l'ambito delle prestazioni dovute dal lavoratore subordinato, e considerati gli obblighi di cooperazione dell'imprenditore-creditore, consegue che questi non potrà rifiutare l'attività alternativa offerta dal lavoratore entro i limiti dell'art. 2103 c.c. nonché dell' art. 41 Cost., di cui si dirà appresso. Non potrà allora ravvisarsi un'impossibilità, costituente causa di risoluzione del contratto e più precisamente giustificato motivo di recesso del datore (art. 3 della legge n. 604 del 1966), qualora il lavoratore, pur definitivamente inidoneo all'attività attualmente svolta, possa nondimeno svolgerne un'altra compresa nella stessa mansione o in mansioni equivalenti.

13. È da aggiungere che in diverse pronunce questa Corte ha ritenuto che il divieto di adibire il lavoratore a mansioni inferiori, posto dall' art. 2103 c.c. nell'interesse esclusivo del medesimo, non opera quando egli chieda o accetti il mutamento in peggio al fine di evitare il licenziamento, comunque giustificato (Cass. 12 gennaio 1984, n. 266, 7 marzo 1986, n. 1536, 29 novembre 1988, n. 6441, 24 ottobre 1991, n. 11297, 28 novembre 1990, n. 11312, 20 maggio 1993, n. 5695, 7 settembre 1993, n. 9386. In quest'ultima non si richiede l'accettazione del singolo lavoratore ma si ritiene addirittura sufficiente un accordo aziendale comportante il mutamento in peggio di singole posizioni lavorative). Il dubbio si pone quando non sia una legge speciale a derogare all'art. 2103 (ad es. l'art. 4, comma 11, della legge 23 luglio 1991, n. 223, che affida l'eventuale dequalificazione ad accordi sindacali stipulati nel corso delle cosiddette procedure di mobilità).

La detta giurisprudenza non è pacifica poiché alcune pronunce contrarie ritengono assolutamente inderogabile il divieto di patti di dequalificazione o di trasferimento, contenuto nel capoverso dell'art. 2103 (Cass. 14 gennaio 1985, n. 37, 5 aprile 1985, n. 2231, 18 giugno 1987, n. 5388), e richiedono la rinnovazione del contratto di lavoro onde evitare la disoccupazione attraverso l'impiego in mansioni inferiori (Cass. 23 gennaio 1988, n. 539). Ma trattasi di orientamento ormai recessivo.

La dottrina che approva l'orientamento favorevole alla conservazione del rapporto pur col patto di dequalificazione nota anzi che, nel caso in cui il mutamento di mansioni sia dovuto ad infermità sopravvenuta, non sussisterebbe neppure una vera dequalificazione, ma solo un adeguamento del contratto alla nuova situazione di fatto. E sarebbe - si può aggiungere - un adeguamento sorretto dal consenso, oltre che dall'interesse dello stesso lavoratore. In questa ottica le già dette esigenze di tutela del diritto alla conservazione del posto di lavoro (artt. 4 e 36 Cost.), prevalenti su quelle di salvaguardia della professionalità del lavoratore (art. 2103 cit. ed anche 35, secondo comma, Cost.), inducono ad attenersi alla più recente e maggioritaria giurisprudenza. Non senza osservare che ad una non rigida interpretazione dell'art. 2103 (il cui testo attuale è stato introdotto dall'art. 13 della legge 20 maggio 1970, n. 300) inducono le maggiori e notorie difficoltà in cui versa oggi il mercato del lavoro.

Occorre in ogni caso precisare che il licenziamento potrà essere evitato mediante la dequalificazione solo se l'imprenditore non ritenga di poter assegnare il lavoratore alle stesse o equivalenti mansioni secondo il modo più conveniente per l'organizzazione dell'impresa (così già Cass. 15 marzo 1995, n. 2990).

Le norme sopra citate e riguardanti specifiche ipotesi di dequalificazione per malattia o per ragioni produttive costituiscono così non già eccezioni alla regola ma, al contrario, indici della tendenza, propria dell'ordinamento, alla conservazione del posto di lavoro nei limiti della compatibilità con la organizzazione d'impresa.

14. È necessario ora riprendere quanto già detto sopra circa la necessità di bilanciare la tutela degli interessi, costituzionalmente rilevanti (artt. 4, 32, 36), del prestatore con la libertà di iniziativa economica dell'imprenditore, garantita dall'art. 41 della Costituzione.

La Corte costituzionale ha più volte osservato come il nucleo essenziale di questo diritto di libertà, pur limitato dalla necessità di salvaguardia della sicurezza, libertà e dignità degli individui, stia nell'autodeterminazione circa il dimensionamento e la scelta del personale da impiegare nell'azienda ed il conseguente profilo dell'organizzazione interna della medesima (già sent. n. 78 del 1958 e ultimamente n. 356 del 1993) soprattutto in modo che ne vengano preservati gli equilibri finanziari (sent. n. 316 del 1990). Il turbamento di questi ultimi al fine di tutelare singoli lavoratori, del resto, potrebbe pregiudicare il diritto al lavoro degli altri e potrebbe altresì tradursi in prestazioni assistenziali imposte, vietate dall'art. 23 se non previste dalla legge.

Tutto ciò sta a significare che l'assegnazione del lavoratore, divenuto fisicamente inidoneo all'attuale attività, ad attività diverse e riconducibili alla stessa mansione, o ad altra mansione equivalente, o anche a mansione inferiore, può essere rifiutata legittimamente dall'imprenditore se comporti aggravati organizzativi e in particolare il trasferimento di singoli colleghi dell'invalide.

In conclusione, rilevata la permanente e parziale infermità del lavoratore, il datore soddisferà l'onere, impostogli dall'art. 5 della legge n. 604 del 1966, di provare il giustificato motivo di licenziamento, dimostrando che nell'ambito del personale in servizio e delle mansioni già assegnate - eventualmente comprendendovi i riservatari di cui alla legge 2 aprile 1968, n. 482 - un conveniente impiego dell'infermo non è possibile o comunque compatibile col buon andamento dell'impresa. Al lavoratore rimarrà l'eventuale onere di contrastare la detta prova, indicando a sua volta specificamente le mansioni esercitabili e provando la sua idoneità ad esse.

15. Il Tribunale non si è attenuto agli illustrati criteri interpretativi degli artt. 1463, 1464 c.c. e art. 3 della legge n. 604 del 1966 onde ha ritenuto legittimo il licenziamento dell'attuale ricorrente disattendendo la sua richiesta di accertamento della possibilità di altro impiego in azienda. L'errore di diritto comporta la cassazione della sentenza impugnata ed il rinvio del giudizio ad altro collegio di merito, che si designa nel Tribunale di Trani e che procederà ai necessari accertamenti uniformandosi al seguente principio di diritto:

"La sopravvenuta infermità permanente e la conseguente impossibilità della prestazione lavorativa, quale giustificato motivo di recesso del datore di lavoro dal contratto di lavoro subordinato (artt. 1 e 3 della legge n. 604 del 1966 e 1463, 1464 c.c.), non è ravvisabile nella sola ineseguibilità dell'attività attualmente svolta dal prestatore, ma può essere esclusa dalla possibilità di altra attività riconducibile - alla stregua di un'interpretazione del contratto secondo buona fede - alle mansioni attualmente assegnate o a quelle equivalenti (art. 2103 c.c.) o, se ciò è impossibile, a mansioni inferiori, purché essa attività sia utilizzabile nell'impresa, secondo l'assetto organizzativo insindacabilmente stabilito dall'imprenditore".

Il giudice di rinvio provvederà altresì in ordine alle spese di questo giudizio di legittimità.

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso per quanto di ragione e cassa con rinvio al Tribunale di Trani, anche per le spese.

Così deciso in Roma il 30 aprile 1998.

DEPOSITATA IN CANCELLERIA IL 7 AGOSTO 1998.

SENTENZA DELLA CORTE (Grande Sezione)

17 luglio 2008*

Nel procedimento C-303/06,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'art. 234 CE, dall'Employment Tribunal, London South (Regno Unito) con decisione 6 luglio 2006, pervenuta in cancelleria il 10 luglio 2006, nella causa

S. Coleman

contro

Attridge Law,

Steve Law,

LA CORTE (Grande Sezione),

composta dal sig. V. Skouris, presidente, dai sigg. P. Jann, C. W. A. Timmermans, A. Rosas, K. Lenaerts e A. Tizzano, presidenti di sezione, dai sigg. M. Ilešič, J. Klučka, A. Ó Caoimh (relatore), T. von Danwitz e A. Arabadjiev, giudici,

* Lingua processuale: l'inglese.

avvocato generale: sig. M. Poiares Maduro
cancelliere: sig.ra L. Hewlett, amministratore principale

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all'udienza del 9 ottobre 2007,

considerate le osservazioni presentate:

- per la sig.ra Coleman, dai sigg. R. Allen, QC, e P. Michell, barrister;
- per il governo del Regno Unito, dalla sig.ra V. Jackson, in qualità di agente, assistita dal sig. N. Paines, QC;
- per il governo greco, dal sig. K. Georgiadis e dalla sig.ra Z. Chatzipavlou, in qualità di agenti;
- per l'Irlanda, dal sig. N. Travers, BL;
- per il governo italiano, dal sig. I. M. Braguglia, in qualità di agente, assistito dalla sig.ra W. Ferrante, avvocato dello Stato;
- per il governo lituano, dal sig. D. Kriauciūnas, in qualità di agente;

- per il governo dei Paesi Bassi, dalle sig.re H. G. Sevenster e C. ten Dam, in qualità di agenti;

- per il governo svedese, dalla sig.ra A. Falk, in qualità di agente;

- per la Commissione delle Comunità europee, dal sig. J. Enegren e dalla sig.ra N. Yerrell, in qualità di agenti,

sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 31 gennaio 2008,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

- 1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione della direttiva del Consiglio 27 novembre 2000, 2000/78/CE, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro (GU L 303, pag. 16).

- 2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra la sig.ra Coleman, ricorrente nella causa principale, da un lato, e lo studio legale Attridge Law, nonché un socio di questo studio, il sig. Law, dall'altro (in prosieguo, congiuntamente: l'«ex datore di lavoro»), controversia vertente sul licenziamento implicito di cui essa afferma essere stata vittima.

Contesto normativo

La normativa comunitaria

3 La direttiva 2000/78 è stata adottata sul fondamento dell'art. 13 CE. I suoi 'considerando' sesto, undicesimo, sedicesimo, diciassettesimo, ventesimo, ventisettesimo, trentunesimo, nonché trentasettesimo sono così formulati:

«(6) La carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori riconosce l'importanza di combattere qualsiasi forma di discriminazione, compresa la necessità di intraprendere azioni appropriate per l'integrazione sociale ed economica degli anziani e dei disabili.

(...)

(11) La discriminazione basata su religione o convinzioni personali, handicap, età o tendenze sessuali può pregiudicare il conseguimento degli obiettivi del trattato CE, in particolare il raggiungimento di un elevato livello di occupazione e di protezione sociale, il miglioramento del tenore e della qualità della vita, la coesione economica e sociale, la solidarietà e la libera circolazione delle persone.

(...)

- (16) La messa a punto di misure per tener conto dei bisogni dei disabili sul luogo di lavoro ha un ruolo importante nel combattere la discriminazione basata sull'handicap.
- (17) La presente direttiva non prescrive l'assunzione, la promozione o il mantenimento dell'occupazione né prevede la formazione di un individuo non competente, non capace o non disponibile ad effettuare le funzioni essenziali del lavoro in questione, fermo restando l'obbligo di prevedere una soluzione appropriata per i disabili.
- (...)
- (20) 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.
- (...)
- (27) Nella sua raccomandazione 86/379/CEE del 24 luglio 1986 concernente l'occupazione dei disabili nella Comunità [GU L 225, pag. 43], il Consiglio ha definito un quadro orientativo in cui si elencano alcuni esempi di azioni positive intese a promuovere l'occupazione e la formazione di portatori di handicap, e nella sua risoluzione del 17 giugno 1999 relativa alle pari opportunità di lavoro per i disabili [GU C 186, pag. 3], ha affermato l'importanza di prestare un'attenzione particolare segnatamente all'assunzione e alla permanenza sul posto di lavoro (...) e alla formazione e all'apprendimento permanente dei disabili.

(...)

(31) Le norme in materia di onere della prova devono essere adattate quando vi sia una presunzione di discriminazione e, nel caso in cui tale situazione si verifichi, l'effettiva applicazione del principio della parità di trattamento richiede che l'onere della prova sia posto a carico del convenuto. Non incombe tuttavia al convenuto provare la religione di appartenenza, le convinzioni personali, la presenza di un handicap, l'età o l'orientamento sessuale dell'attore.

(...)

(37) In base al principio di sussidiarietà enunciato all'articolo 5 del trattato CE l'obiettivo della presente direttiva, in particolare la realizzazione di una base omogenea all'interno della Comunità per quanto riguarda la parità in materia di occupazione e condizioni di lavoro, non può essere realizzato in misura sufficiente dagli Stati membri e può dunque, a causa delle dimensioni e dell'impatto dell'azione proposta, essere realizzato meglio a livello comunitario. Conformemente al principio di proporzionalità enunciato a tale articolo, la presente direttiva si limita a quanto è necessario per conseguire tale scopo».

⁴ Ai sensi del suo art. 1, la direttiva 2000/78 «mira a stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate sulla religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali, per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro al fine di rendere effettivo negli Stati membri il principio della parità di trattamento».

⁵ Detta direttiva prevede, al suo art. 2, nn. 1-3, rubricato «Nozione di discriminazione», quanto segue:

«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.

3. Le molestie sono da considerarsi, ai sensi del paragrafo 1, una discriminazione in caso di comportamento indesiderato adottato per uno dei motivi di cui all’articolo 1

avente lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante od offensivo. In questo contesto, il concetto di molestia può essere definito conformemente alle leggi e prassi nazionali degli Stati membri.

(...».

6 Ai sensi dell'art. 3, n. 1, della direttiva 2000/78:

«Nei limiti dei poteri conferiti alla Comunità, la presente direttiva si applica a tutte le persone, sia del settore pubblico che del settore privato, compresi gli organismi di diritto pubblico, per quanto attiene:

(...)

c) all'occupazione e alle condizioni di lavoro, comprese le condizioni di licenziamento e la retribuzione;

(...».

7 Detta direttiva prevede all'art. 5, rubricato «Soluzioni ragionevoli per i disabili», quanto segue:

«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. (...)».

- 8 L'art. 7 della stessa direttiva, rubricato «Azione positiva e misure specifiche», è formulato come segue:

«1. Allo scopo di assicurare completa parità nella vita professionale, il principio della parità di trattamento non osta a che uno Stato membro mantenga o adotti misure specifiche dirette a evitare o compensare svantaggi correlati a uno qualunque dei motivi di cui all'articolo 1.

2. Quanto ai disabili, il principio della parità di trattamento non pregiudica il diritto degli Stati membri di mantenere o adottare disposizioni in materia di tutela della salute e sicurezza sul posto di lavoro né [osta] alle misure intese a creare o mantenere disposizioni o strumenti al fine di salvaguardare o promuovere il loro inserimento nel mondo del lavoro».

- 9 L'art. 10 della direttiva 2000/78, rubricato «Onere della prova», così dispone:

«1. Gli Stati membri prendono le misure necessarie, conformemente ai loro sistemi giudiziari nazionali, per assicurare che, allorché persone che si ritengono lese dalla mancata applicazione nei loro riguardi del principio della parità di trattamento espongono, dinanzi a un tribunale o a un'altra autorità competente, fatti dai quali si può presumere che vi sia stata una discriminazione diretta o indiretta, incomba alla parte convenuta provare che non vi è stata violazione del principio della parità di trattamento.

2. Il paragrafo 1 si applica fatto salvo il diritto degli Stati membri di prevedere disposizioni in materia di prova più favorevoli alle parti attrici».

- 10 Ai sensi dell'art. 18, primo comma, della direttiva 2000/78, gli Stati membri dovevano adottare le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi a quest'ultima entro il 2 dicembre 2003. Tuttavia, ai sensi del secondo comma di detto articolo:

«Per tener conto di condizioni particolari gli Stati membri possono disporre se necessario di tre anni supplementari, a partire dal 2 dicembre 2003 ovvero complessivamente di sei anni al massimo, per attuare le disposizioni relative alle discriminazioni basate sull'età o sull'handicap. In tal caso essi informano immediatamente la Commissione. Gli Stati membri che decidono di avvalersi di tale periodo supplementare presentano ogni anno una relazione alla Commissione sulle misure adottate per combattere le discriminazioni basate sull'età e sull'handicap e sui progressi realizzati in vista dell'attuazione della direttiva. La Commissione presenta ogni anno una relazione al Consiglio».

- 11 Poiché il Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord ha chiesto di beneficiare di un siffatto termine supplementare per l'attuazione di detta direttiva, questo termine, per quanto riguarda tale Stato membro, è scaduto soltanto il 2 dicembre 2006.

La normativa nazionale

- 12 La legge del 1995 relativa alla discriminazione fondata sulla disabilità (Disability Discrimination Act 1995) (in prosieguo: il «DDA») mira essenzialmente a rendere illegale l'esercizio di qualsiasi forma di discriminazione, segnatamente in materia di occupazione, nei confronti dei disabili.

13 La seconda parte del DDA, che disciplina le questioni relative all'occupazione, è stata modificata in occasione dell'attuazione della direttiva 2000/78 nell'ordinamento giuridico del Regno Unito con il regolamento del 2003, recante modifica della legge del 1995 relativa alla discriminazione fondata sulla disabilità [Disability Discrimination Act 1995 (Amendment) Regulations 2003], entrato in vigore il 1° ottobre 2004.

14 Ai sensi dell'art. 3 A, n. 1, del DDA, quale modificato dal detto regolamento del 2003 (in prosieguo: il «DDA 2003»):

«(...) una persona esercita una discriminazione nei confronti di un disabile qualora essa:

a) per un motivo connesso alla disabilità di cui una persona soffre, riservi a quest'ultima un trattamento meno favorevole rispetto a quello che applica o applicherebbe ad altre persone per le quali tale motivo non ricorre o non ricorrerebbe e

b) non può dimostrare che tale trattamento sia giustificato».

15 L'art. 3 A, n. 4, del DDA 2003 precisa tuttavia che il trattamento riservato a una persona disabile non può in alcun caso essere giustificato se esso integra una discriminazione diretta ai sensi del n. 5 dello stesso articolo, disposizione secondo la quale:

«Una persona esercita una discriminazione diretta nei confronti di una persona disabile se, a causa della disabilità di cui quest'ultima soffre, le riserva un trattamento meno favorevole rispetto a quello che essa applica o applicherebbe a una persona che

non presenti tale particolare disabilità e le cui caratteristiche rilevanti, comprese le capacità, siano le stesse della persona disabile o non ne differiscono sensibilmente».

16 La nozione di molestie è definita all'art. 3 B del DDA 2003 come segue:

«1) (...) una persona esercita molestie nei confronti di una persona disabile se, per un motivo connesso alla disabilità di cui quest'ultima soffre, adotta un comportamento indesiderabile avente lo scopo o l'effetto:

a) di ledere la dignità della persona disabile, o

b) di creare per la stessa un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante o offensivo.

2) Si presume che un comportamento abbia l'effetto indicato al n. 1, lett. a) o b), se, considerate tutte le circostanze, in particolare ciò che è percepito dalla persona disabile, debba ragionevolmente ritenersi che abbia tale effetto».

17 Ai sensi dell'art. 4, n. 2, lett. d), del DDA 2003, è vietato al datore di lavoro esercitare una discriminazione verso una persona disabile sua dipendente licenziandola o facendole subire un qualsiasi altro pregiudizio.

18 L'art. 4, n. 3, lett. a) e b), del DDA 2003 fa altresì divieto al datore di lavoro, che agisce in tale qualità, di molestare una persona disabile sua dipendente o che si sia a lui rivolta per un impiego.

Causa principale e questioni pregiudiziali

- 19 La sig.ra Coleman ha lavorato per il suo ex datore di lavoro dal gennaio 2001 come segretaria in uno studio legale.
- 20 Nel 2002 ella ha avuto un figlio, affetto da crisi di apnea e da laringomalacia e broncomalacia congenite. Le condizioni di suo figlio esigono cure specializzate e particolari. La ricorrente fornisce al figlio la parte essenziale delle cure di cui quest'ultimo ha bisogno.
- 21 Il 4 marzo 2005 la sig.ra Coleman ha accettato di rassegnare le proprie dimissioni («voluntary redundancy»), con conseguente risoluzione del contratto con il suo ex datore di lavoro.
- 22 Il 30 agosto 2005 ella proponeva dinanzi all'Employment Tribunal, London South, un ricorso nel quale sosteneva di essere stata vittima di un implicito licenziamento forzato («constructive unfair dismissal») e di un trattamento meno favorevole rispetto a quello riservato agli altri lavoratori, per il fatto di avere un figlio disabile principalmente a suo carico. Ella sostiene che tale trattamento l'ha costretta a smettere di lavorare per il suo ex datore di lavoro.
- 23 Risulta dalla decisione di rinvio che le circostanze pertinenti della causa principale non sono state ancora interamente accertate, in quanto le questioni pregiudiziali sono state sollevate soltanto in via preliminare. Il giudice del rinvio ha infatti sospeso il procedimento relativamente alla parte del ricorso riguardante il licenziamento della sig.ra Coleman, ma, il 17 febbraio 2006, ha tenuto un'udienza preliminare dedicata all'esame del motivo relativo alla discriminazione.
- 24 La questione preliminare sollevata dinanzi a detto giudice è se la ricorrente nella causa principale possa basarsi sulle disposizioni del diritto nazionale, in particolare

su quelle dirette all'attuazione della direttiva 2000/78, per imputare al suo ex datore di lavoro la discriminazione che sostiene di aver subito, nel senso che essa sarebbe stata vittima di un trattamento sfavorevole causato dalla disabilità di cui soffre il figlio.

25 Come emerge dalla decisione di rinvio, qualora l'interpretazione della direttiva 2000/78 fornita dalla Corte dovesse rivelarsi contraria a quella auspicata dalla sig.ra Coleman, il diritto nazionale osterebbe all'accoglimento della domanda presentata da quest'ultima dinanzi al giudice del rinvio.

26 Risulta altresì dalla decisione di rinvio che, in base alla normativa del Regno Unito, nell'ambito di un'udienza preliminare riguardante una questione di diritto il giudice adito presume che i fatti si siano svolti nel modo riferito dal ricorrente. Nel contesto della causa principale, si presume che i fatti da cui ha avuto origine la controversia siano i seguenti:

- quando la sig.ra Coleman è tornata dal suo congedo di maternità, l'ex datore di lavoro di quest'ultima ha rifiutato di reintegrarla nel posto di lavoro da essa fino ad allora occupato, quando i genitori di bambini non disabili sarebbero stati autorizzati a riprendere le loro mansioni precedenti;

- egli ha altresì rifiutato di concederle la stessa flessibilità nell'orario e le stesse condizioni di lavoro accordate ai suoi colleghi, genitori di bambini non disabili;

- la sig.ra Coleman è stata tacciata di «pigrizia» quando ha chiesto di usufruire di permessi per prendersi cura di suo figlio, mentre una siffatta agevolazione è stata concessa ai genitori di bambini non disabili;

- il reclamo ufficiale da essa presentato contro il trattamento sfavorevole subito non è stato considerato nella maniera dovuta, ed essa si è sentita costretta a ritirarlo;

- sono stati espressi commenti sconvenienti e ingiuriosi sia nei confronti della stessa sia nei confronti di suo figlio. Nessun commento del genere è stato espresso quando altri dipendenti hanno dovuto chiedere permessi o una certa flessibilità per potersi occupare dei figli non disabili, e

- quando talvolta è arrivata in ritardo in ufficio a causa di problemi relativi alle condizioni di suo figlio, le è stato detto che sarebbe stata licenziata se fosse di nuovo arrivata in ritardo. Nessuna minaccia simile è stata proferita nei confronti di altri dipendenti con figli non disabili arrivati in ritardo per le stesse ragioni.

²⁷ Ritenendo che la controversia della quale è stato investito sollevi questioni di interpretazione del diritto comunitario, l'Employment Tribunal, London South, ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

- «1) Se, nell'ambito del divieto di discriminazione fondata sulla disabilità, la direttiva [2000/78] tuteli contro la discriminazione diretta e contro le molestie soltanto persone esse stesse disabili.

- 2) In caso di risposta negativa alla prima questione, se la direttiva [2000/78] tuteli i lavoratori che, pur non essendo essi stessi disabili, vengono trattati in modo meno favorevole o subiscono molestie a causa del loro stretto rapporto con una persona disabile.

- 3) Qualora un datore di lavoro tratti un lavoratore in modo meno favorevole rispetto al modo in cui tratta o tratterebbe altri lavoratori, e qualora sia accertato che il motivo di tale trattamento è costituito dal fatto che il lavoratore ha un figlio disabile del quale si prende cura, se tale trattamento integri una discriminazione diretta, in violazione del principio della parità di trattamento stabilito dalla direttiva [2000/78];
- 4) Qualora un datore di lavoro molesti un lavoratore e qualora sia accertato che il motivo di tale trattamento è costituito dal fatto che il lavoratore ha un figlio disabile del quale si prende cura, se tali molestie integrino una violazione del principio della parità di trattamento stabilito dalla direttiva [2000/78]».

Sulla ricevibilità

²⁸ Pur considerando che le questioni proposte dal giudice del rinvio sorgano da una reale controversia, il governo olandese ha contestato la ricevibilità del rinvio pregiudiziale per il fatto che, trattandosi di questioni preliminari sollevate nell'ambito di un'udienza preliminare, non sono state ancora accertate tutte le circostanze di fatto relative alla causa. Esso osserva che, nel corso di una siffatta udienza preliminare, il giudice nazionale presume che i fatti si siano svolti nel modo riferito dal ricorrente.

²⁹ Al riguardo si deve ricordare che l'art. 234 CE istituisce un ambito di stretta collaborazione, basata sulla ripartizione dei compiti, tra i giudici nazionali e la Corte. Dal secondo comma di tale articolo emerge chiaramente che spetta al giudice nazionale decidere in quale fase del procedimento sia necessario sottoporre alla Corte una questione pregiudiziale (v. sentenze 10 marzo 1981, cause riunite 36/80 e 71/80, Irish Creamery Milk Suppliers Association e a., Racc. pag. 735, punto 5, e 30 marzo 2000, causa C-236/98, JämO, Racc. pag. I-2189, punto 30).

30 Nella causa principale si deve osservare che il giudice del rinvio ha constatato che, se la Corte interpretasse la direttiva 2000/78 in un senso non corrispondente a quello auspicato dalla sig.ra Coleman, quest'ultima non potrebbe vincere la causa. Il giudice nazionale ha pertanto deciso, come consentito dalla legislazione del Regno Unito, di verificare se questa direttiva debba essere interpretata nel senso della sua applicabilità al licenziamento di un lavoratore che si trovi in una situazione come quella della sig.ra Coleman prima di stabilire se, di fatto, quest'ultima sia stata vittima di un trattamento sfavorevole o di molestie. Questo è il motivo per il quale le questioni pregiudiziali sono state proposte sulla base della presunzione che i fatti della causa principale siano quelli riassunti al punto 26 della presente sentenza.

31 Dal momento che la Corte si trova pertanto investita di una domanda d'interpretazione del diritto comunitario non manifestamente priva di qualsiasi rapporto con la realtà o con l'oggetto della causa principale e che essa dispone degli elementi necessari per rispondere in maniera utile alle questioni sottoposte, relative all'applicabilità della direttiva 2000/78 alla controversia in parola, essa deve pronunciarsi in proposito senza essere tenuta ad accertare essa stessa la validità della presunzione sulla quale si è basato il giudice del rinvio, che, se necessario, quest'ultimo dovrà successivamente verificare (v., in tal senso, sentenza 27 ottobre 1993, causa C-127/92, Enderby, Racc. pag. I-5535, punto 12).

32 Pertanto, la domanda di pronuncia pregiudiziale deve essere considerata ricevibile.

Sulle questioni pregiudiziali

Sulla prima parte della prima questione, nonché sulle questioni seconda e terza

33 Con tali questioni, che è opportuno esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio chiede in sostanza se la direttiva 2000/78 e, in particolare, i suoi artt. 1 e 2, nn. 1 e 2, lett. a), debbano essere interpretati nel senso che essi vietano una discriminazione diretta fondata sulla disabilità soltanto nei confronti di un lavoratore che sia esso stesso disabile o se il principio della parità di trattamento e il divieto di discriminazione diretta si applichino altresì a un lavoratore che non sia esso stesso disabile, ma che sia, come nella causa principale, vittima di un trattamento sfavorevole a causa della disabilità del figlio, cui egli stesso presta la parte essenziale delle cure che le sue condizioni richiedono.

34 L'art. 1 della direttiva 2000/78 specifica lo scopo di quest'ultima, indicando che essa mira a stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate sulla religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali.

35 L'art. 2, n. 1, della stessa direttiva definisce il principio della parità di trattamento come l'assenza di qualsiasi discriminazione diretta o indiretta basata su uno dei motivi di cui all'articolo 1, compresa pertanto la disabilità.

36 Ai sensi del n. 2, lett. a), di detto art. 2, sussiste discriminazione diretta quando una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga, in base, in particolare, alla disabilità.

- 37 Ai sensi del suo art. 3, n. 1, lett. c), la direttiva 2000/78 si applica, nei limiti dei poteri conferiti alla Comunità, a tutte le persone, sia del settore pubblico che del settore privato, compresi gli organismi di diritto pubblico, per quanto attiene all'occupazione e alle condizioni di lavoro, comprese le condizioni di licenziamento e la retribuzione.
- 38 Pertanto, da queste disposizioni della direttiva 2000/78 non risulta che il principio della parità di trattamento che essa mira a garantire sia limitato alle persone esse stesse disabili ai sensi di tale direttiva. Al contrario, quest'ultima ha come obiettivo, in materia di occupazione e lavoro, di combattere ogni forma di discriminazione basata sulla disabilità. Infatti, il principio della parità di trattamento sancito da detta direttiva in quest'ambito si applica non in relazione ad una determinata categoria di persone, bensì sulla scorta dei motivi indicati al suo art. 1. Questa interpretazione è avallata dal testo dell'art. 13 CE, disposizione che costituisce il fondamento normativo della direttiva 2000/78, il quale conferisce alla Comunità la competenza ad adottare i provvedimenti necessari a combattere ogni discriminazione fondata, tra l'altro, sulla disabilità.
- 39 Vero è che la direttiva 2000/78 contiene diverse disposizioni applicabili, come risulta dalla loro stessa formulazione, unicamente alle persone disabili. Infatti, il suo art. 5 precisa che per garantire il rispetto del principio della parità di trattamento dei disabili sono previste soluzioni ragionevoli. Ciò significa che il datore di lavoro deve prendere i provvedimenti appropriati, a seconda delle esigenze della situazione concreta, per consentire al disabile di accedere ad un lavoro, di svolgerlo o di avere una promozione o perché possa ricevere una formazione, a meno che tali provvedimenti richiedano da parte del datore di lavoro un onere finanziario sproporzionato.
- 40 L'art. 7, n. 2, di detta direttiva prevede altresì che, quanto ai disabili, il principio della parità di trattamento non pregiudica il diritto degli Stati membri di mantenere o adottare disposizioni in materia di tutela della salute e sicurezza sul posto di lavoro né osta alle misure intese a creare o mantenere disposizioni o strumenti al fine di salvaguardare o promuovere il loro inserimento nel mondo del lavoro.

41 Il governo del Regno Unito nonché i governi greco, italiano e olandese sostengono, alla luce sia delle disposizioni menzionate ai due punti precedenti sia dei 'considerando' sedicesimo, diciassettesimo e ventisettesimo della direttiva 2000/78, che il divieto di discriminazione diretta previsto da quest'ultima non può essere interpretato nel senso che esso ricomprenderebbe una situazione come quella della ricorrente nella causa principale, dal momento che quest'ultima non è essa stessa disabile. Potrebbero far valere le disposizioni di questa direttiva soltanto le persone che, in una situazione analoga a quella di altre persone, vengono trattate in maniera meno favorevole o poste in una situazione di svantaggio a causa di caratteristiche loro proprie.

42 Si deve tuttavia rilevare, al riguardo, che il fatto che le disposizioni menzionate ai punti 39 e 40 della presente sentenza riguardino specificamente le persone disabili è dovuto alla circostanza che si tratta di disposizioni riguardanti o misure di discriminazione positiva a favore della persona essa stessa disabile, o misure specifiche che sarebbero private di ogni contenuto o che potrebbero rivelarsi sproporzionate se non fossero limitate alle sole persone disabili. Come risulta dai 'considerando' sedicesimo e ventesimo di questa direttiva, si tratta di misure volte a tener conto delle esigenze dei disabili sul lavoro e ad adeguare il luogo di lavoro a seconda della loro disabilità. Siffatte misure sono quindi specificamente volte a consentire e a incoraggiare l'inserimento dei disabili nel mondo del lavoro e, per questa ragione, possono riguardare soltanto questi ultimi nonché gli obblighi che incombono, nei loro confronti, ai loro datori di lavoro e, eventualmente, agli Stati membri.

43 Pertanto, il fatto che la direttiva 2000/78 contenga disposizioni volte a tener conto specificamente delle esigenze dei disabili non permette di concludere che il principio della parità di trattamento in essa sancito debba essere interpretato in senso restrittivo, vale a dire nel senso che esso vieterebbe soltanto le discriminazioni dirette fondate sulla disabilità e riguarderebbe esclusivamente le persone che siano esse stesse disabili. Peraltro, il sesto 'considerando' di questa direttiva, richiamando la carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, si riferisce sia alla lotta generale avverso qualsiasi forma di discriminazione sia alla necessità di intraprendere azioni appropriate per l'integrazione sociale ed economica dei disabili.

- 44 I governi del Regno Unito, italiano e olandese sostengono altresì che un'interpretazione restrittiva dell'ambito di applicazione *ratione personae* della direttiva 2000/78 risulta dalla sentenza 11 luglio 2006, causa C-13/05, Chacón Navas (Racc. pag. I-6467). Secondo il governo italiano, in detta sentenza la Corte ha accolto un'interpretazione restrittiva della nozione di disabilità e della sua pertinenza nel rapporto di lavoro.
- 45 Nella sentenza Chacón Navas, citata, la Corte ha definito la nozione di «handicap» e, ai punti 51 e 52 di detta sentenza, ha dichiarato che il divieto, in materia di licenziamento, della discriminazione fondata sull'handicap, sancito agli artt. 2, n. 1, e 3, n. 1, lett. c), della direttiva 2000/78, osta ad un licenziamento fondato su un handicap che, tenuto conto dell'obbligo di prevedere soluzioni ragionevoli per i disabili, non sia giustificato dal fatto che la persona di cui trattasi non è competente, né capace, né disponibile a svolgere le funzioni essenziali del suo posto di lavoro. Da una siffatta interpretazione non consegue tuttavia che il principio della parità di trattamento sancito all'art. 2, n. 1, di questa stessa direttiva e il divieto di discriminazione diretta previsto al n. 2, lett. a), dello stesso articolo non possano essere applicati ad una situazione come quella di cui alla causa principale, quando il trattamento sfavorevole che un lavoratore afferma di aver subito sia fondato sulla disabilità del figlio, cui egli presta la parte essenziale delle cure che le sue condizioni richiedono.
- 46 Infatti, anche se al punto 56 della sentenza Chacón Navas, citata, la Corte ha precisato che l'ambito di applicazione della direttiva 2000/78 non può, tenuto conto della formulazione dell'art. 13 CE, essere esteso al di là delle discriminazioni fondate sui motivi elencati tassativamente all'art. 1 di quest'ultima, con la conseguenza che la fattispecie di una persona licenziata dal suo datore di lavoro esclusivamente per causa di malattia non rientra nell'ambito di applicazione generale della direttiva 2000/78, essa non ha tuttavia dichiarato che il principio della parità di trattamento e l'ambito di applicazione *ratione personae* di questa direttiva devono, con riferimento a tali motivi, essere interpretati in senso restrittivo.
- 47 Riguardo agli obiettivi perseguiti dalla direttiva 2000/78, quest'ultima, come risulta dai punti 34 e 38 della presente sentenza, mira, per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro, a stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate su uno dei motivi di cui al suo art. 1, tra i quali figura, tra l'altro, la disabilità, al fine di rendere effettivo negli Stati membri il principio della parità di trattamento. Dal trentasettesimo 'considerando' di tale direttiva risulta che essa mira altresì alla

realizzazione di una base omogenea all'interno della Comunità per quanto riguarda la parità in materia di occupazione e condizioni di lavoro.

48 Come rilevano la sig.ra Coleman, i governi lituano e svedese, nonché la Commissione, i detti obiettivi, al pari dell'effetto utile della direttiva 2000/78, sarebbero compromessi se un lavoratore che si trovi in una situazione come quella della ricorrente nella causa principale non possa far valere il divieto di discriminazione diretta previsto all'art. 2, n. 2, lett. a), di tale direttiva quando sia stato provato che egli è stato trattato in modo meno favorevole rispetto al modo in cui è, è stato o sarebbe trattato un altro lavoratore in una situazione analoga, a causa della disabilità di suo figlio, e ciò quand'anche non sia esso stesso disabile.

49 Al riguardo, dall'undicesimo 'considerando' di detta direttiva risulta che il legislatore comunitario ha altresì ritenuto che la discriminazione basata su religione o convinzioni personali, handicap, età o tendenze sessuali possa pregiudicare il conseguimento degli obiettivi del Trattato, in particolare in materia di occupazione.

50 Orbene, anche se in una situazione come quella di cui alla causa principale la persona oggetto di una discriminazione diretta fondata sulla disabilità non è essa stessa disabile, resta comunque il fatto che è proprio la disabilità a costituire, secondo la sig.ra Coleman, il motivo del trattamento meno favorevole del quale essa afferma essere stata vittima. Come risulta dal punto 38 della presente sentenza, la direttiva 2000/78, che mira, per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro, a stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate sull'handicap, l'età o le tendenze sessuali, si applica non in relazione ad una determinata categoria di persone, bensì sulla scorta dei motivi indicati al suo art. 1.

51 Una volta accertato che un lavoratore che si trovi in una situazione come quella di cui alla causa principale è vittima di una discriminazione diretta fondata sulla disabilità, un'interpretazione della direttiva 2000/78 che ne limiti l'applicazione alle sole persone che siano esse stesse disabili rischierebbe di privare tale direttiva di una parte importante del suo effetto utile e di ridurre la tutela che essa dovrebbe garantire.

- 52 Riguardo all'onere della prova applicabile in una situazione come quella di cui alla causa principale, si deve in primo luogo ricordare che, ai sensi dell'art. 10, n. 1, della direttiva 2000/78, gli Stati membri devono prendere le misure necessarie, conformemente ai loro sistemi giudiziari nazionali, per assicurare che, allorché persone che si ritengono lese dalla mancata applicazione nei loro riguardi del principio della parità di trattamento espongono, dinanzi a un tribunale o a un'altra autorità competente, fatti dai quali si può presumere che vi sia stata una discriminazione diretta o indiretta, incombe alla parte convenuta provare che non vi è stata violazione di detto principio. Ai sensi del n. 2 di detto articolo, il n. 1 di quest'ultimo si applica fatto salvo il diritto degli Stati membri di prevedere disposizioni in materia di prova più favorevoli alle parti attrici.
- 53 Nella causa principale spetta dunque alla sig.ra Coleman, ai sensi dell'art. 10, n. 1, della direttiva 2000/78, dimostrare dinanzi al giudice del rinvio fatti dai quali si possa presumere l'esistenza di una discriminazione diretta fondata sulla disabilità, vietata da questa direttiva.
- 54 In conformità a quest'ultima disposizione della direttiva 2000/78 e al trentunesimo 'considerando' della stessa, quando vi sia una presunzione di discriminazione le norme in materia di onere della prova devono essere adattate. Nel caso in cui la sig.ra Coleman dimostrasse fatti che consentano di presumere l'esistenza di una discriminazione diretta, l'effettiva applicazione del principio della parità di trattamento richiederebbe allora che l'onere della prova fosse posto a carico dei convenuti nella causa principale, che dovrebbero provare che non vi è stata violazione di detto principio.
- 55 In tale contesto i detti convenuti potrebbero contestare l'esistenza di una siffatta violazione dimostrando con qualsiasi mezzo, in particolare, che il trattamento che è stato riservato al lavoratore è giustificato da fattori oggettivi ed estranei a qualsivoglia discriminazione fondata sulla disabilità, nonché a qualsivoglia relazione di tale lavoratore con un disabile.
- 56 Tenuto conto di quanto precede, la prima parte della prima questione nonché le questioni seconda e terza vanno risolte dichiarando che la direttiva 2000/78 e, in particolare, i suoi artt. 1 e 2, nn. 1 e 2, lett. a), devono essere interpretati nel senso che

il divieto di discriminazione diretta ivi previsto non è limitato alle sole persone che siano esse stesse disabili. Qualora un datore di lavoro tratti un lavoratore, che non sia esso stesso disabile, in modo meno favorevole rispetto al modo in cui è, è stato o sarebbe trattato un altro lavoratore in una situazione analoga, e sia provato che il trattamento sfavorevole di cui tale lavoratore è vittima è causato dalla disabilità del figlio, al quale egli presta la parte essenziale delle cure di cui quest'ultimo ha bisogno, un siffatto trattamento viola il divieto di discriminazione diretta enunciato al detto art. 2, n. 2, lett. a).

Sulla seconda parte della prima questione nonché sulla quarta questione

57 Con tali questioni, che è opportuno esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio chiede in sostanza se la direttiva 2000/78 e, in particolare, i suoi artt. 1 e 2, nn. 1 e 3, debbano essere interpretati nel senso che vietano le molestie connesse alla disabilità soltanto nei confronti di un lavoratore che sia esso stesso disabile o se il divieto di molestie si applichi altresì ad un lavoratore che non sia esso stesso disabile, ma che sia, come nella causa principale, vittima di un comportamento indesiderato che integri molestie a causa della disabilità del figlio, cui egli stesso presta la parte essenziale delle cure che le sue condizioni richiedono.

58 Poiché le molestie, ai sensi dell'art. 2, n. 3, della direttiva 2000/78, sono considerate una forma di discriminazione ai sensi del n. 1 di questo stesso articolo, si deve rilevare che, per le stesse ragioni esposte ai punti 34-51 della presente sentenza, questa direttiva e, in particolare, i suoi artt. 1 e 2, nn. 1 e 3, devono essere interpretati nel senso che essi non si limitano a vietare le molestie nei confronti di persone che siano esse stesse disabili.

59 Quando è accertato che il comportamento indesiderato integrante le molestie subite da un lavoratore che non sia esso stesso disabile è connesso alla disabilità del figlio, al quale egli presta la parte essenziale delle cure di cui quest'ultimo ha bisogno, un siffatto comportamento viola il principio della parità di trattamento sancito dalla direttiva 2000/78, in particolare il divieto di molestie enunciato all'art. 2, n. 3, di quest'ultima.

60 Al riguardo si deve tuttavia ricordare che, secondo la stessa lettera dell'art. 2, n. 3, di detta direttiva, il concetto di molestia può essere definito conformemente alle leggi e prassi nazionali degli Stati membri.

61 Con riferimento all'onere della prova applicabile in una situazione come quella di cui alla causa principale si deve rilevare che, poiché le molestie sono considerate come una forma di discriminazione ai sensi dell'art. 2, n. 1, della direttiva 2000/78, sono ad esse applicabili le stesse disposizioni esposte ai punti 52-55 della presente sentenza.

62 Pertanto, come risulta dal punto 54 della presente sentenza, in conformità all'art. 10, n. 1, della direttiva 2000/78 e al trentunesimo 'considerando' della stessa, le norme in materia di onere della prova devono essere adattate quando vi sia una presunzione di discriminazione. Nel caso in cui la sig.ra Coleman dimostrasse fatti che consentano di presumere l'esistenza di molestie, l'effettiva attuazione del principio della parità di trattamento richiederebbe allora che l'onere della prova fosse posto a carico dei convenuti, che dovrebbero provare che nel caso di specie non vi sono state molestie.

63 Tenuto conto delle considerazioni che precedono, la seconda parte della prima questione e la quarta questione vanno risolte dichiarando che la direttiva 2000/78 e, in particolare, i suoi artt. 1 e 2, nn. 1 e 3, devono essere interpretati nel senso che il divieto di molestie ivi previsto non è limitato alle sole persone che siano esse stesse disabili. Qualora sia accertato che il comportamento indesiderato integrante le molestie del quale è vittima un lavoratore, che non sia esso stesso disabile, è connesso alla disabilità del figlio, al quale presta la parte essenziale delle cure di cui quest'ultimo ha bisogno, un siffatto comportamento viola il divieto di molestie enunciato al detto art. 2, n. 3.

Sulle spese

⁶⁴ Nei confronti delle parti nella causa principale il presente procedimento costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Grande Sezione) dichiara:

- 1) **La direttiva del Consiglio 27 novembre 2000, 2000/78/CE, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro e, in particolare, i suoi artt. 1 e 2, nn. 1 e 2, lett. a), devono essere interpretati nel senso che il divieto di discriminazione diretta ivi previsto non è limitato alle sole persone che siano esse stesse disabili. Qualora un datore di lavoro tratti un lavoratore, che non sia esso stesso disabile, in modo meno favorevole rispetto al modo in cui è, è stato o sarebbe trattato un altro lavoratore in una situazione analoga, e sia provato che il trattamento sfavorevole di cui tale lavoratore è vittima è causato dalla disabilità del figlio, al quale presta la parte essenziale delle cure di cui quest'ultimo ha bisogno, un siffatto trattamento viola il divieto di discriminazione diretta enunciato al detto art. 2, n. 2, lett. a).**

- 2) **La direttiva 2000/78 e, in particolare, i suoi artt. 1 e 2, nn. 1 e 3, devono essere interpretati nel senso che il divieto di molestie ivi previsto non è limitato alle sole persone che siano esse stesse disabili. Qualora sia accertato che il comportamento indesiderato integrante le molestie del quale è vittima un lavoratore, che non sia esso stesso disabile, è connesso alla disabilità del figlio, al quale presta la parte essenziale delle cure di cui quest'ultimo ha bisogno, un siffatto comportamento viola il divieto di molestie enunciato al detto art. 2, n. 3.**

Firme

I - 5640



Raccolta della giurisprudenza

SENTENZA DELLA CORTE (Terza Sezione)

1° dicembre 2016*

«Rinvio pregiudiziale — Politica sociale — Direttiva 2000/78/CE — Parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro — Articoli da 1 a 3 — Divieto di qualsiasi discriminazione fondata su un handicap — Esistenza di un “handicap” — Nozione di “durature menomazioni fisiche, mentali, intellettuali o sensoriali” — Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea — Articoli 3, 15, 21, 30, 31, 34 e 35 — Licenziamento di un lavoratore in situazione di invalidità temporanea, ai sensi del diritto nazionale, di durata incerta»

Nella causa C-395/15,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell’articolo 267 TFUE, dallo Juzgado de lo Social n. 33 de Barcelona (Tribunale del lavoro n. 33 di Barcellona, Spagna), con decisione del 14 luglio 2015, pervenuta in cancelleria il 22 luglio 2015, nel procedimento

Mohamed Daouidi

contro

Bootes Plus SL,

Fondo de Garantía Salarial,

Ministerio Fiscal,

LA CORTE (Terza Sezione),

composta da L. Bay Larsen, presidente di sezione, M. Vilaras, J. Malenovský, M. Safjan (relatore) e D. Šváby, giudici,

avvocato generale: Y. Bot

cancelliere: A. Calot Escobar

vista la fase scritta del procedimento,

considerate le osservazioni presentate:

— per M. Daouidi, da G. Pérez Palomares, abogado;

— per il Ministerio Fiscal, da A.C. Andrade Ortiz;

* * Lingua processuale: lo spagnolo.

— per il governo spagnolo, da A. Gavela Llopis, in qualità di agente;
— per il governo francese, da G. de Bergues, D. Colas e R. Coesme, in qualità di agenti;
— per la Commissione europea, da D. Martin e N. Ruiz García, in qualità di agenti,
sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 26 maggio 2016,
ha pronunciato la seguente

Sentenza

- 1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione degli articoli 3, 15, 21, paragrafo 1, 30, 31, 34, paragrafo 1, e 35 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (in prosieguo: la «Carta»), nonché degli articoli da 1 a 3 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 (GU 2000, L 303, pag. 16).
- 2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra il sig. Mohamed Daouidi, da un lato, e la Bootes Plus SL, il Fondo de Garantía Salarial (Fondo di garanzia salariale, Spagna) e il Ministerio Fiscal (pubblico ministero, Spagna), dall'altro, in merito al licenziamento del sig. Daouidi nel periodo in cui egli si trovava in una situazione di invalidità temporanea, ai sensi del diritto nazionale, la cui durata era incerta.

Ambito normativo

Diritto internazionale

- 3 La convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, approvata a nome della Comunità europea con la decisione 2010/48/CE del Consiglio, del 26 novembre 2009 (GU 2010, L 23, pag. 35; in prosieguo: la «convenzione dell'ONU»), alla lettera e) del preambolo enuncia quanto segue:

«Riconoscendo che la disabilità è un concetto in evoluzione e che la disabilità è il risultato dell'interazione tra persone con menomazioni e barriere comportamentali ed ambientali, che impediscono la loro piena ed effettiva partecipazione alla società su base di uguaglianza con gli altri».
- 4 Ai sensi dell'articolo 1 di tale convenzione, intitolato «Scopo»:

«Scopo della presente convenzione è promuovere, proteggere e garantire il pieno ed uguale godimento di tutti i diritti umani e di tutte le libertà fondamentali da parte delle persone con disabilità e promuovere il rispetto per la loro intrinseca dignità.

Per persone con disabilità si intendono 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 base di uguaglianza con gli altri».
- 5 L'articolo 2 di detta convenzione, intitolato «Definizioni», al suo terzo comma prevede quanto segue:

«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 o 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. Essa include ogni forma di discriminazione, compreso il rifiuto di un accomodamento ragionevole».

Diritto dell'Unione

6 Ai sensi dei considerando 11, 12, 15 e 31 della direttiva 2000/78:

«(11) La discriminazione basata su religione o convinzioni personali, handicap, età o tendenze sessuali può pregiudicare il conseguimento degli obiettivi del trattato CE, in particolare il raggiungimento di un elevato livello di occupazione e di protezione sociale, il miglioramento del tenore e della qualità della vita, la coesione economica e sociale, la solidarietà e la libera circolazione delle persone.

(12) Qualsiasi discriminazione diretta o indiretta basata su religione o convinzioni personali, handicap, età o tendenze sessuali nei settori di cui alla presente direttiva dovrebbe essere pertanto proibita in tutta la Comunità. (...).

(...)

(15) La valutazione dei fatti sulla base dei quali si può argomentare che sussiste discriminazione diretta o indiretta è una questione che spetta alle autorità giudiziarie nazionali o ad altre autorità competenti conformemente alle norme e alle prassi nazionali. Tali norme possono prevedere in particolare che la discriminazione indiretta sia stabilita con qualsiasi mezzo, compresa l'evidenza statistica.

(...)

(31) Le norme in materia di onere della prova devono essere adattate quando vi sia una presunzione di discriminazione e, nel caso in cui tale situazione si verifichi, l'effettiva applicazione del principio della parità di trattamento richiede che l'onere della prova sia posto a carico del convenuto. Non incombe tuttavia al convenuto provare la religione di appartenenza, le convinzioni personali, la presenza di un handicap, l'età o l'orientamento sessuale dell'attore».

7 L'articolo 1 della direttiva in parola, intitolato «Oggetto», così recita:

«La presente direttiva mira a stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate sulla religione o le convinzioni personali, [l']handicap, l'età o le tendenze sessuali, per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro al fine di rendere effettivo negli Stati membri il principio della parità di trattamento».

8 L'articolo 2 di detta direttiva, intitolato «Nozione di discriminazione», ai suoi paragrafi 1 e 2 prevede quanto segue:

«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».
- 9 L'articolo 3 di tale medesima direttiva, intitolato «Campo d'applicazione», al suo paragrafo 1, lettera c), così dispone:
- «Nei limiti dei poteri conferiti alla Comunità, la presente direttiva si applica a tutte le persone, sia del settore pubblico che del settore privato, compresi gli organismi di diritto pubblico, per quanto attiene:
- (...)
- c) all'occupazione e alle condizioni di lavoro, comprese le condizioni di licenziamento e la retribuzione».
- 10 L'articolo 10 della direttiva 2000/78, intitolato «Onere della prova», ai suoi paragrafi 1, 2 e 5, dispone quanto segue:
- «1. Gli Stati membri prendono le misure necessarie, conformemente ai loro sistemi giudiziari nazionali, per assicurare che, allorché persone che si ritengono lese dalla mancata applicazione nei loro riguardi del principio della parità di trattamento espongono, dinanzi a un tribunale o a un'altra autorità competente, fatti dai quali si può presumere che vi sia stata una discriminazione diretta o indiretta, incomba alla parte convenuta provare che non vi è stata violazione del principio della parità di trattamento.
2. Il paragrafo 1 si applica fatto salvo il diritto degli Stati membri di prevedere disposizioni in materia di prova più favorevoli alle parti attrici.
- (...)
5. Gli Stati membri possono non applicare il paragrafo 1 alle procedure nelle quali l'istruzione dei fatti spetta all'organo giurisdizionale o all'organo competente».

Diritto spagnolo

- 11 L'articolo 9, paragrafo 2, della Costituzione così recita:
- «Spetta ai poteri pubblici creare le condizioni affinché la libertà e l'uguaglianza dell'individuo e dei gruppi di cui esso fa parte siano reali ed effettive, nonché eliminare gli ostacoli che impediscano o rendano difficile il loro pieno godimento e agevolare la partecipazione di tutti i cittadini alla vita politica, economica, culturale e sociale».

12 L'articolo 14 di tale Costituzione prevede quanto segue:

«Gli spagnoli sono uguali davanti alla legge, senza alcuna discriminazione per motivi di nascita, razza, sesso, religione, opinione o di qualsiasi altra condizione o circostanza personale o sociale».

13 L'articolo 15 di detta Costituzione così dispone:

«Ognuno ha diritto alla vita e all'integrità fisica e morale, e non può essere in alcun caso sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti. La pena di morte è abolita, salvo quanto possano disporre le leggi penali militari in tempo di guerra».

14 L'articolo 55 del Real Decreto Legislativo 1/1995, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (regio decreto legislativo n. 1/1995, che approva la rifusione della legge sullo statuto dei lavoratori), del 24 marzo 1995 (BOE n. 75, del 29 marzo 1995, pag. 9654), nella versione in vigore all'epoca dei fatti di cui al procedimento principale (in prosieguo: lo «statuto dei lavoratori»), ai suoi paragrafi da 3 a 6 è del seguente tenore:

«3. Il licenziamento può essere dichiarato legittimo, abusivo o nullo.

4. Il licenziamento è considerato legittimo allorché viene dimostrato l'inadempimento fatto valere dal datore di lavoro nella lettera di licenziamento. Il licenziamento è considerato abusivo in caso contrario o qualora non rispetti i requisiti formali esposti al paragrafo 1 del presente articolo.

5. È nullo qualsiasi licenziamento che sia stato provocato da una delle cause di discriminazione vietate nella Costituzione o nella legge, ovvero avvenga in violazione di diritti fondamentali e di libertà pubbliche del lavoratore. (...).

6. La nullità di un licenziamento ha per effetto l'immediata reintegrazione del lavoratore, nonché il versamento dei salari non percepiti».

15 L'articolo 56, paragrafo 1, di detto Statuto enuncia quanto segue:

«Qualora il licenziamento venga dichiarato abusivo, il datore di lavoro, entro cinque giorni dalla notifica della sentenza, può optare tra la reintegrazione del lavoratore e il pagamento di un'indennità equivalente a 33 giorni di retribuzione per anno di servizio, essendo contabilizzati pro rata i periodi inferiori ad un anno su base mensile fino ad un massimo di ventiquattro mensilità. L'opzione dell'indennità comporta la cessazione del contratto di lavoro, che si considera avvenuta alla data dell'effettiva cessazione dal servizio».

16 L'articolo 96, paragrafo 1, della Ley n. 36/2011, reguladora de la jurisdicción social (legge n. 36/2011, sulla giurisdizione in materia sociale), del 10 ottobre 2011, (BOE n. 245, dell'11 ottobre 2011, pag. 106584), prevede quanto segue:

«Qualora, dagli argomenti esposti dall'attore, si deduca l'esistenza di seri indizi di discriminazione fondata su sesso, orientamento o identità sessuale, origine razziale o etnica, religione o convinzioni personali, handicap, età, molestie o in presenza di qualsiasi altra violazione di un diritto fondamentale o di una libertà pubblica, spetta al convenuto fornire una giustificazione oggettiva e ragionevole, suffragata da prove sufficienti, delle misure adottate e della loro proporzionalità».

17 L'articolo 108, paragrafi 1 e 2, di tale legge così dispone:

«1. Nel dispositivo della sentenza il giudice dichiara che il licenziamento è legittimo, abusivo o nullo.

Il licenziamento è considerato legittimo allorché viene dimostrato l'inadempimento fatto valere dal datore di lavoro nella lettera di licenziamento. Il licenziamento è considerato abusivo in caso contrario o qualora non vengano rispettati i requisiti formali prescritti dall'articolo 55, paragrafo 1, [dello statuto dei lavoratori].

(...)

2. È nullo qualsiasi licenziamento che sia stato provocato da una delle cause di discriminazione vietate nella Costituzione o nella legge, ovvero avvenga in violazione di diritti fondamentali e di libertà pubbliche del lavoratore.

(...)).

18 L'articolo 110, paragrafo 1, della predetta legge è del seguente tenore:

«Qualora il licenziamento sia dichiarato abusivo, il datore di lavoro è condannato a optare per la reintegrazione del lavoratore alle stesse condizioni che vigevano prima del licenziamento, con contestuale versamento delle retribuzioni arretrate, cui si riferisce l'articolo 56, paragrafo 2, [dello statuto dei lavoratori,] oppure per il pagamento di un'indennità, il cui importo viene fissato conformemente al disposto dell'articolo 56, paragrafo 1, [dello statuto dei lavoratori] (...)).

19 L'articolo 113 della medesima legge enuncia quanto segue:

«La nullità del licenziamento ha per effetto l'immediata reintegrazione del lavoratore da parte del datore di lavoro, nonché il versamento dei salari non percepiti (...)).

20 L'articolo 181, paragrafo 2, della legge n. 36/2011 così dispone:

«Una volta accertata la presenza di indizi atti a dimostrare che è stata commessa una violazione di un diritto fondamentale o di una libertà pubblica, spetta al convenuto fornire, in udienza, una giustificazione oggettiva e ragionevole, suffragata da prove sufficienti, delle misure adottate e della loro proporzionalità».

21 L'articolo 2 del Real Decreto Legislativo 1/2013, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (regio decreto legislativo n. 1/2013, recante approvazione della rifusione della legge generale sulle persone disabili e la loro integrazione sociale), del 29 novembre 2013 (BOE n. 289, del 3 dicembre 2013, pag. 95635), contiene le seguenti definizioni:

«(...)

a) Per disabilità si intende la situazione di coloro che presentano durature menomazioni che in interazione con barriere di diversa natura possono ostacolare la loro piena ed effettiva partecipazione alla vita sociale su base di uguaglianza con gli altri.

(...)

c) Per discriminazione diretta si intende la situazione in cui si trova una persona disabile allorché essa, per il motivo di o a causa della sua disabilità, viene trattata in modo meno favorevole rispetto a un'altra persona nella medesima situazione.

d) Sussiste discriminazione indiretta quando una disposizione legislativa o regolamentare, una clausola convenzionale o contrattuale, un accordo individuale, una decisione unilaterale, un criterio o una prassi, oppure un ambiente, un prodotto o un servizio, apparentemente neutri,

possano arrecare un particolare svantaggio ad una persona rispetto a un'altra, per il motivo di o a causa della sua disabilità, a meno che non rispondano oggettivamente a una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano adeguati e necessari.

(...)).».

Causa principale e questioni pregiudiziali

- 22 Il 17 aprile 2014 il sig. Daouidi è stato assunto dalla Bootes Plus come aiuto cuoco in uno dei ristoranti all'interno di un albergo situato a Barcellona (Spagna).
- 23 A tal riguardo il sig. Daouidi e la Bootes Plus hanno stipulato un contratto di lavoro a tempo determinato a causa di un aumento della mole di lavoro del ristorante, contratto della durata di tre mesi, per 20 ore lavorative settimanali. Tale contratto prevedeva un periodo di prova di 30 giorni. Il 1° luglio 2014 il sig. Daouidi e la Bootes Plus hanno pattuito di convertire il predetto contratto di lavoro a tempo parziale in un contratto a tempo pieno di 40 ore settimanali.
- 24 Il 15 luglio 2014 il contratto del sig. Daouidi è stato prorogato di nove mesi, fissando il 16 aprile 2015 come data di scadenza. Il capocuoco della cucina ha dato parere favorevole a tale proroga, così come aveva approvato la conversione del contratto di lavoro a tempo parziale del sig. Daouidi in un contratto a tempo pieno.
- 25 Il 3 ottobre 2014 il sig. Daouidi è scivolato sul pavimento della cucina del ristorante in cui lavorava, con conseguente lussazione del gomito sinistro, che ha dovuto essere ingessato. Lo stesso giorno il sig. Daouidi ha avviato la procedura volta ad ottenere il riconoscimento della sua invalidità temporanea.
- 26 Due settimane dopo detto infortunio sul lavoro il capocuoco della cucina ha contattato il sig. Daouidi per informarsi sulle sue condizioni di salute e comunicargli la sua preoccupazione riguardo alla durata della sua situazione. Il sig. Daouidi gli ha risposto che la ripresa del lavoro non sarebbe stata immediata.
- 27 Il 26 novembre 2014, benché si trovasse ancora in stato di invalidità temporanea, il sig. Daouidi ha ricevuto dalla Bootes Plus una lettera di licenziamento disciplinare del seguente tenore:
- «Siamo spiacenti di informarLa che abbiamo deciso di porre termine al suo rapporto di lavoro con la nostra impresa e di procedere al suo licenziamento in data odierna con effetto immediato. Tale decisione è motivata dalla considerazione che Lei non ha soddisfatto le aspettative dell'impresa né ha raggiunto il rendimento che quest'ultima considera adeguato allo svolgimento dei compiti corrispondenti al suo posto di lavoro. I fatti appena esposti sono punibili con il licenziamento, ai sensi [dello statuto dei lavoratori]».
- 28 Il 23 dicembre 2014 il sig. Daouidi ha presentato dinanzi allo Juzgado de lo Social n. 33 de Barcelona (Tribunale del lavoro n. 33 di Barcellona, Spagna) un ricorso inteso a far dichiarare, in via principale, la nullità del suo licenziamento ai sensi dell'articolo 108, paragrafo 2, della legge n. 36/2011.
- 29 In proposito il sig. Daouidi ha fatto valere, da un lato, che il licenziamento di cui è stato oggetto violava il suo diritto fondamentale all'integrità fisica, sancito all'articolo 15 della Costituzione, in particolare perché il direttore del ristorante gli aveva chiesto di riprendere a lavorare durante il fine settimana dal 17 al 19 ottobre 2014, il che il sig. Daouidi non era in grado di fare. Dall'altro, tale licenziamento sarebbe discriminatorio per il motivo che era in realtà giustificato dall'invalidità temporanea derivante

dal suo infortunio sul lavoro e che, in particolare, rientrerebbe in tal senso nella nozione di «handicap» conformemente alla direttiva 2000/78 e alla sentenza dell'11 aprile 2013, HK Danmark (C-335/11 e C-337/11, EU:C:2013:222).

- 30 In subordine, il sig. Daouidi ha chiesto a detto giudice di dichiarare «abusivo» il suo licenziamento, conformemente all'articolo 108, paragrafo 1, della legge n. 36/2011.
- 31 Il giudice del rinvio rileva che vi sono fatti sufficienti per considerare che, anche se il licenziamento del sig. Daouidi presenta l'aspetto e la forma di un licenziamento per motivi disciplinari, l'effettiva motivazione di quest'ultimo è l'invalidità, derivante dall'infortunio sul lavoro subito dal sig. Daouidi, la cui durata è incerta.
- 32 Secondo tale giudice risulta dalla giurisprudenza del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Corte superiore di giustizia della Catalogna, Spagna), del Tribunal Supremo (Corte di cassazione, Spagna) e del Tribunal Constitucional (Corte costituzionale, Spagna) che un licenziamento fondato sulla malattia o su una situazione d'invalidità temporanea derivanti da un infortunio sul lavoro non è ritenuto discriminatorio, cosicché tale licenziamento non può essere considerato «nullo» ai sensi dell'articolo 108, paragrafo 2, della legge n. 36/2011.
- 33 Tuttavia, il giudice del rinvio si chiede se siffatto licenziamento non sia contrario al diritto dell'Unione in quanto costituirebbe una violazione del divieto di discriminazione, del diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato, del diritto a condizioni di lavoro giuste ed eque, del diritto di accesso alle prestazioni previdenziali nonché del diritto alla protezione della salute, consacrati, rispettivamente, all'articolo 21, paragrafo 1, agli articoli 30, 31, all'articolo 34, paragrafo 1, e all'articolo 35 della Carta.
- 34 Peraltro, il giudice del rinvio si chiede se nel procedimento principale sussista una discriminazione basata su un «handicap» ai sensi della direttiva 2000/78. Anzitutto, la limitazione subita dal sig. Daouidi da quando si è lussato il gomito sarebbe evidente. A tal riguardo, detto giudice precisa che, alla data dell'udienza svoltasi dinanzi ad esso nel procedimento principale, vale a dire circa sei mesi dopo l'infortunio sul lavoro del sig. Daouidi, il gomito sinistro di quest'ultimo era ancora ingessato. Inoltre, il datore di lavoro del sig. Daouidi avrebbe considerato che l'invalidità di quest'ultimo aveva una durata troppo lunga, incompatibile con i suoi interessi, cosicché sarebbe soddisfatta la condizione concernente il carattere «duraturo» della limitazione. Infine, tale decisione di licenziamento impedirebbe la piena ed effettiva partecipazione del sig. Daouidi alla vita professionale alle stesse condizioni degli altri lavoratori.
- 35 Qualora il licenziamento del sig. Daouidi sia avvenuto in violazione dei diritti fondamentali sanciti dal diritto dell'Unione, esso dovrebbe essere dichiarato nullo, e non soltanto abusivo.
- 36 In tali circostanze, lo Juzgado de lo Social n. 33 de Barcelona (Tribunale del lavoro n. 33 di Barcellona) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:
- «1) Se il divieto generale di discriminazione sancito dall'articolo 21, paragrafo 1, della [Carta], debba essere interpretato nel senso che il divieto e la tutela ivi contemplati si estendono alla decisione del datore di lavoro di licenziare un lavoratore, fino a quel momento apprezzato professionalmente, per il solo fatto che si trova in una situazione di invalidità temporanea – la cui durata è incerta – a causa di un infortunio sul lavoro, mentre sta ricevendo prestazioni di assistenza sanitaria e previdenziali.
 - 2) Se l'articolo 30 della [Carta] debba essere interpretato nel senso che la tutela da erogare ad un lavoratore, oggetto di un licenziamento palesemente arbitrario e privo di giustificato motivo, debba essere analoga a quella prevista dalla legislazione nazionale per ogni forma di licenziamento che violi un diritto fondamentale.

- 3) Se la decisione di un datore di lavoro di licenziare un lavoratore, fino a quel momento apprezzato professionalmente, per il solo fatto che si trova in una situazione di invalidità temporanea – la cui durata è incerta – a causa di un infortunio sul lavoro, mentre sta ricevendo prestazioni di assistenza sanitaria e previdenziali, rientri nell'ambito di applicazione e/o di tutela di cui agli articoli 3, 15, 31, 34, paragrafo 1, e 35, paragrafo 1, della [Carta] (uno, alcuni o tutti i suddetti articoli).
- 4) Qualora le prime tre questioni (o una di esse) ricevano una risposta affermativa e si ritenga che la decisione di licenziare un lavoratore, fino a quel momento apprezzato professionalmente, per il solo fatto che si trova in una situazione di invalidità temporanea – la cui durata è incerta – a causa di un infortunio sul lavoro, mentre sta ricevendo prestazioni di assistenza sanitaria e previdenziali, rientri nell'ambito di applicazione e/o di tutela di uno o più articoli della [Carta], se il giudice nazionale possa applicare tali disposizioni per risolvere una controversia tra privati, vuoi perché – a seconda che si tratti di un “diritto” o di un “principio” – sia loro riconosciuta efficacia orizzontale, vuoi in virtù del principio dell’“interpretazione conforme”.
- 5) Per il caso in cui le questioni anteriori ricevano una risposta negativa, si formula una quinta questione: “Se la nozione di “discriminazione diretta fondata sull’handicap” come uno dei motivi di discriminazione contemplati dagli articoli 1, 2 e 3 della direttiva 2000/78 possa comprendere la decisione di un datore di lavoro di licenziare un lavoratore fino a quel momento apprezzato professionalmente, per il solo fatto che si trova in una situazione di invalidità temporanea – la cui durata è incerta – a causa di un infortunio sul lavoro”».

Sulla quinta questione

- 37 Con la sua quinta questione, che occorre esaminare in primo luogo, il giudice del rinvio chiede in sostanza se la direttiva 2000/78 debba essere interpretata nel senso che il fatto che una persona si trovi, a causa di un infortunio sul lavoro, in una situazione di invalidità temporanea, ai sensi del diritto nazionale, di durata incerta, implichi di per sé che la limitazione della capacità di tale persona possa essere qualificata come «duratura» ai sensi della definizione di «handicap» contemplata da tale direttiva.
- 38 In via preliminare, si deve osservare che, come risulta dal suo articolo 1, la direttiva 2000/78 mira a stabilire un quadro generale per la lotta, per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro, alle discriminazioni fondate su uno dei motivi di cui a tale articolo, tra cui figura l'handicap. Conformemente all'articolo 3, paragrafo 1, lettera c), di tale direttiva, nei limiti dei poteri conferiti all'Unione europea essa si applica a tutte le persone, sia del settore pubblico che del settore privato, per quanto attiene in particolare alle condizioni di licenziamento.
- 39 Nel caso di specie, il giudice del rinvio chiede se la situazione del sig. Daouidi, licenziato mentre si trovava in stato di invalidità temporanea, ai sensi del diritto nazionale, la cui durata era incerta, rientri nella nozione di «handicap» ai sensi della predetta direttiva.
- 40 Occorre ricordare a tal proposito che l'Unione ha approvato la convenzione dell'ONU sulla disabilità con la decisione 2010/48. Di conseguenza, le disposizioni di tale convenzione formano parte integrante, a partire dalla sua data di entrata in vigore, dell'ordinamento giuridico dell'Unione (v. sentenza del 18 marzo 2014, Z., C-363/12, EU:C:2014:159, punto 73 e giurisprudenza ivi citata). Del resto, dall'appendice all'allegato II alla predetta decisione risulta che, per quanto riguarda l'autonomia e la partecipazione sociale, le condizioni di lavoro e l'occupazione, la direttiva 2000/78 figura tra gli atti dell'Unione concernenti le questioni disciplinate da tale convenzione.

- 41 Ne consegue che detta convenzione può essere invocata al fine di interpretare tale direttiva, la quale deve essere oggetto, nella maggior misura possibile, di un'interpretazione conforme alla medesima convenzione (v. sentenze dell'11 aprile 2013, HK Danmark, C-335/11 e C-337/11, EU:C:2013:222, punto 32, nonché del 18 marzo 2014, Z., C-363/12, EU:C:2014:159, punto 75).
- 42 Per tali ragioni, in seguito alla ratifica della convenzione dell'ONU da parte dell'Unione, la Corte ha dichiarato che la nozione di «handicap» ai sensi della direttiva 2000/78 dev'essere intesa nel senso che si riferisce ad 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 (v. sentenze dell'11 aprile 2013, HK Danmark, C-335/11 e C-337/11, EU:C:2013:222, punto 38; del 18 marzo 2014, Z., C-363/12, EU:C:2014:159, punto 76, e del 18 dicembre 2014, FOA, C-354/13, EU:C:2014:2463, punto 53).
- 43 Di conseguenza, l'espressione «disabili» utilizzata nell'articolo 5 della direttiva in parola deve essere interpretata nel senso che comprende tutte le persone affette da un handicap corrispondente alla definizione enunciata nel punto precedente (sentenza del 4 luglio 2013, Commissione/Italia, C-312/11, non pubblicata, EU:C:2013:446, punto 57).
- 44 Occorre aggiungere che la predetta direttiva riguarda in particolare gli handicap derivanti da incidenti (v., in tal senso, sentenza dell'11 aprile 2013, HK Danmark, C-335/11 e C-337/11, EU:C:2013:222, punto 40).
- 45 Pertanto, se un incidente comporta una limitazione, risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche, che, in interazione con barriere di diversa natura, può ostacolare la piena ed effettiva partecipazione dell'interessato alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori e se tale limitazione è di lunga durata, essa può ricadere nella nozione di «handicap», ai sensi della direttiva 2000/78 (v., per analogia, sentenza dell'11 aprile 2013, HK Danmark, C-335/11 e C-337/11, EU:C:2013:222, punto 41).
- 46 Nel caso di specie, risulta dalla decisione di rinvio che il sig. Daouidi ha subito un infortunio sul lavoro e si è lussato il gomito sinistro, che ha dovuto essere ingessato. Si deve rilevare che, in via di principio, siffatto stato fisico è reversibile.
- 47 Il giudice del rinvio precisa che, alla data dell'udienza svoltasi dinanzi ad esso nel procedimento principale, vale a dire circa sei mesi dopo l'infortunio sul lavoro, il gomito del sig. Daouidi era ancora ingessato e che quest'ultimo non era, quindi, in grado di svolgere la sua attività professionale.
- 48 Ciò premesso, è pacifico che il sig. Daouidi ha subito una limitazione della sua capacità, derivante da una menomazione fisica. Pertanto, al fine di accertare se il sig. Daouidi possa essere considerato un «disabile» ai sensi della direttiva 2000/78 e rientrare, quindi, nell'ambito di applicazione di tale direttiva, si deve esaminare se tale limitazione della sua capacità, 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, sia «duratura», ai sensi della giurisprudenza citata al punto 42 della presente sentenza.
- 49 La convenzione dell'ONU non definisce la nozione di carattere «duratura» di una menomazione fisica, mentale, intellettuale o sensoriale. La direttiva 2000/78 non definisce la nozione di «handicap» né enuncia quella di limitazione «duratura» della capacità di una persona, ai sensi della predetta nozione.
- 50 Orbene, secondo giurisprudenza costante, dalla necessità di garantire tanto l'applicazione uniforme del diritto dell'Unione quanto il principio di uguaglianza discende che i termini di una disposizione del diritto dell'Unione, che non contenga alcun rinvio espresso al diritto degli Stati membri ai fini della determinazione del suo significato e della sua portata, devono di norma essere oggetto, nell'intera

Unione, di un'interpretazione autonoma e uniforme, da effettuarsi tenendo conto del contesto della disposizione e della finalità perseguita dalla normativa in esame (v., segnatamente, sentenze del 18 gennaio 1984, *Ekro*, 327/82, EU:C:1984:11, punto 11, e del 16 giugno 2016, *Pebros Servizi*, C-511/14, EU:C:2016:448, punto 36).

- 51 In mancanza di siffatto rinvio espresso al diritto degli Stati membri, la nozione di limitazione «duratura» della capacità di una persona, ai sensi della nozione di «handicap» contemplata dalla direttiva 2000/78, deve quindi essere oggetto di un'interpretazione autonoma e uniforme.
- 52 Ne discende che il fatto che il sig. Daouidi rientri nel regime giuridico nell'invalidità «temporanea», ai sensi del diritto spagnolo, non è tale da escludere che la limitazione della sua capacità sia qualificata come «duratura», conformemente alla direttiva 2000/78, letta alla luce della convenzione dell'ONU.
- 53 Peraltro, il carattere «duraturo» della limitazione deve essere esaminato tenuto conto dello stato di incapacità, in quanto tale, dell'interessato allorché è stato adottato l'atto asseritamente discriminatorio nei confronti di quest'ultimo (v., in tal senso, sentenza dell'11 luglio 2006, *Chacón Navas*, C-13/05, EU:C:2006:456, punto 29).
- 54 Per quanto riguarda la nozione di carattere «duraturo» di una limitazione nel contesto dell'articolo 1 della direttiva 2000/78 e la finalità perseguita da tale direttiva, si deve ricordare che, secondo la giurisprudenza della Corte, l'importanza accordata dal legislatore dell'Unione alle misure destinate ad adattare il posto di lavoro in funzione dell'handicap dimostra che esso ha previsto ipotesi in cui la partecipazione alla vita professionale è ostacolata per un lungo periodo (v. sentenza dell'11 luglio 2006, *Chacón Navas*, C-13/05, EU:C:2006:456, punto 45).
- 55 Spetta al giudice del rinvio accertare se la limitazione della capacità dell'interessato abbia o meno carattere «duraturo», dal momento che si tratta di una valutazione anzitutto di fatto.
- 56 Tra gli indizi che consentono di considerare «duratura» una limitazione figura in particolare la circostanza che, all'epoca del fatto asseritamente discriminatorio, la menomazione dell'interessato non presenti una prospettiva ben delimitata di superamento nel breve periodo o, come rilevato in sostanza dall'avvocato generale al paragrafo 47 delle sue conclusioni, il fatto che tale menomazione possa protrarsi in modo rilevante prima della guarigione di tale persona.
- 57 Nel contesto dell'esame del carattere «duraturo» della limitazione della capacità dell'interessato, il giudice del rinvio deve basarsi sugli elementi obiettivi complessivi di cui dispone, in particolare sui documenti e sui certificati concernenti lo stato di tale persona, redatti sulla base di conoscenze e dati medici e scientifici attuali.
- 58 Qualora il giudice del rinvio giungesse alla conclusione che la limitazione della capacità del sig. Daouidi è «duratura», si deve ricordare che un trattamento sfavorevole basato sull'handicap contrasta con la tutela prevista dalla direttiva 2000/78 unicamente nei limiti in cui costituisca una discriminazione ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, di quest'ultima (v. sentenze dell'11 luglio 2006, *Chacón Navas*, C-13/05, EU:C:2006:456, punto 48, e dell'11 aprile 2013, *HK Danmark*, C-335/11 e C-337/11, EU:C:2013:222, punto 71).
- 59 Alla luce delle considerazioni che precedono, occorre rispondere alla quinta questione dichiarando che la direttiva 2000/78 deve essere interpretata nel senso che:
- il fatto che l'interessato si trovi, a causa di un infortunio sul lavoro, in una situazione di invalidità temporanea, ai sensi del diritto nazionale, la cui durata è incerta, non implica, di per sé, che la limitazione della capacità di tale persona possa essere qualificata come «duratura» ai sensi della definizione di «handicap» contemplata da tale direttiva, letta alla luce della convenzione dell'ONU;

- tra gli indizi che consentono di considerare che una siffatta limitazione è «duratura» figura in particolare la circostanza che, all'epoca del fatto asseritamente discriminatorio, la menomazione dell'interessato non presenti una prospettiva ben delimitata di superamento nel breve periodo o il fatto che tale menomazione possa protrarsi in modo rilevante prima della guarigione di tale persona, e
- nel contesto dell'esame di tale carattere «duraturo», il giudice del rinvio deve basarsi sugli elementi obiettivi complessivi di cui dispone, in particolare sui documenti e sui certificati concernenti lo stato di tale persona, redatti sulla base di conoscenze e dati medici e scientifici attuali.

Sulle prime quattro questioni

- 60 Con le sue prime quattro questioni, che occorre esaminare congiuntamente e in secondo luogo, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, alla Corte di interpretare gli articoli 3, 15, 21, paragrafo 1, 30, 31, 34, paragrafo 1, e 35 della Carta in una situazione come quella di cui trattasi nel procedimento principale.
- 61 A tal riguardo, si deve ricordare che, secondo una giurisprudenza costante, nell'ambito di un rinvio pregiudiziale ai sensi dell'articolo 267 TFUE, la Corte può unicamente interpretare il diritto dell'Unione nei limiti delle competenze che le sono attribuite (v. sentenza del 27 marzo 2014, Torralbo Marcos, C-265/13, EU:C:2014:187, punto 27, e ordinanza del 25 febbraio 2016, Aiudapds, C-520/15, non pubblicata, EU:C:2016:124, punto 18).
- 62 Per quanto concerne la Carta, l'articolo 51, paragrafo 1, della medesima prevede che le sue disposizioni si applichino agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. L'articolo 6, paragrafo 1, TUE e l'articolo 51, paragrafo 2, della Carta precisano che le disposizioni di quest'ultima non estendono l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione definite nei trattati.
- 63 Come risulta da una giurisprudenza costante della Corte, qualora una situazione giuridica non rientri nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, la Corte non è competente al riguardo e le disposizioni della Carta eventualmente richiamate non possono giustificare, di per sé, tale competenza (v., sentenza del 26 febbraio 2013, Åkerberg Fransson, C-617/10, EU:C:2013:105, punto 22, e ordinanza del 25 febbraio 2016, Aiudapds, C-520/15, non pubblicata, EU:C:2016:124, punto 20).
- 64 Orbene, a tal riguardo occorre dichiarare che, nell'attuale fase del procedimento principale, non è stato dimostrato che la situazione di cui trattasi rientri nell'ambito di applicazione di una norma del diritto dell'Unione diversa da quelle della Carta.
- 65 Infatti, per quanto riguarda in particolare la direttiva 2000/78, come dichiarato nel contesto della risposta fornita alla quinta questione, il fatto che una persona si trovi, a causa di un infortunio sul lavoro, in una situazione di invalidità temporanea, ai sensi del diritto nazionale, la cui durata è incerta, non implica, di per sé, che la limitazione subita da tale persona possa essere considerata «duratura» ai sensi della nozione di «handicap» contemplata dalla direttiva 2000/78.
- 66 Inoltre, la decisione di rinvio non contiene, in particolare, alcun pronostico circa l'eventuale guarigione, completa o meno, del sig. Daouidi o informazioni sui postumi o sulle conseguenze eventuali che tale infortunio avrà sull'espletamento degli incarichi per i quali è stato assunto.
- 67 Pertanto, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 52 delle sue conclusioni, dal momento che l'applicazione della direttiva 2000/78 nel procedimento principale è connessa alla valutazione che il giudice del rinvio effettuerà a seguito della presente sentenza della Corte, si deve ritenere che la

situazione di cui trattasi nel procedimento principale non rientri, nell'attuale fase del procedimento, nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione (v., in tal senso, sentenza del 27 marzo 2014, Torralbo Marcos, C-265/13, EU:C:2014:187, punto 40).

- 68 Ciò premesso, si deve dichiarare che la Corte non è competente a rispondere alle prime quattro questioni.

Sulle spese

- 69 Nei confronti delle parti nel procedimento principale la presente causa costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice del rinvio, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Terza Sezione) dichiara:

La 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, deve essere interpretata nel senso che:

- **il fatto che l'interessato si trovi, a causa di un infortunio sul lavoro, in una situazione di invalidità temporanea, ai sensi del diritto nazionale, di durata incerta, non implica, di per sé, che la limitazione della capacità di tale persona possa essere qualificata come «duratura» ai sensi della definizione di «handicap» contemplata da tale direttiva, letta alla luce della convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, approvata a nome della Comunità europea con la decisione 2010/48/CE del Consiglio, del 26 novembre 2009;**
- **tra gli indizi che consentono di considerare che una siffatta limitazione è «duratura» figura in particolare la circostanza che, all'epoca del fatto asseritamente discriminatorio, la menomazione dell'interessato non presenti una prospettiva ben delimitata di superamento nel breve periodo o il fatto che tale menomazione possa protrarsi in modo rilevante prima della guarigione di tale persona, e**
- **nel contesto dell'esame di tale carattere «duratura», il giudice del rinvio deve basarsi sugli elementi obiettivi complessivi di cui dispone, in particolare sui documenti e sui certificati concernenti lo stato di tale persona, redatti sulla base di conoscenze e dati medici e scientifici attuali.**

Firme

Corte cost., Sent., (ud. 05/07/2016) 23-09-2016, n. 213

CORTE COSTITUZIONALE

Giudizio di legittimità costituzionale

IMPIEGO PUBBLICO

Questioni di legittimità costituzionale

Fatto Diritto P.Q.M.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE COSTITUZIONALE

composta dai signori:

- Paolo GROSSI Presidente
- Alessandro CRISCUOLO Giudice
- Giorgio LATTANZI "
- Aldo CAROSI "
- Marta CARTABIA "
- Mario Rosario MORELLI "
- Giancarlo CORAGGIO "
- Giuliano AMATO "
- Silvana SCIARRA "
- Daria de PRETIS "
- Nicolò ZANON "
- Franco MODUGNO "
- Augusto Antonio BARBERA "
- Giulio PROSPERETTI "

ha pronunciato la seguente

Svolgimento del processo

SENTENZA

nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 33, comma 3, della L. 5 febbraio 1992, n. 104 (Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate), promosso dal Tribunale ordinario di Livorno nel procedimento vertente tra B.D. e l'Azienda U.S. ed altro, con ordinanza del 15 settembre 2014, iscritta al n. 232 del registro ordinanze 2014 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 53, prima serie speciale, dell'anno 2014.

Visto l'atto di costituzione dell'Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS), nonché l'atto di intervento del Presidente del Consiglio dei ministri;

udito nell'udienza pubblica del 5 luglio 2016 il Giudice relatore Alessandro Criscuolo;

uditi l'avvocato Antonietta Coretti per l'INPS e l'avvocato dello Stato Gabriella Palmieri per il Presidente del Consiglio dei ministri.

1.- Con ordinanza del 15 settembre 2014, il Tribunale ordinario di Livorno, in funzione di giudice del lavoro, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 33, comma 3, della L. 5 febbraio 1992, n. 104 (Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate), come modificato dall'art. 24, comma 1, lettera a), della L. 4 novembre 2010, n. 183 (Deleghe al Governo in materia di lavori usuranti, di riorganizzazione di enti, di congedi, aspettative e permessi, di ammortizzatori sociali, di servizi per l'impiego, di incentivi all'occupazione, di apprendistato, di occupazione femminile, nonché misure contro il lavoro sommerso e disposizioni in tema di lavoro pubblico e di controversie di lavoro), per violazione degli artt. 2, 3 e 32 della Costituzione.

L'art. 33, comma 3, della L. n. 104 del 1992, rubricato "Agevolazioni" prevede, nel testo modificato dal cosiddetto Collegato lavoro, che: "A condizione che la persona handicappata non sia ricoverata a tempo pieno, il lavoratore dipendente, pubblico o privato, che assiste persona con handicap in situazione di gravità, coniuge, parente o affine entro il secondo grado, ovvero entro il terzo grado qualora i genitori o il coniuge della persona con handicap in situazione di gravità abbiano compiuto i sessantacinque anni di età oppure siano anche essi affetti da patologie invalidanti o siano deceduti o mancanti, ha diritto a fruire di tre giorni di permesso mensile retribuito coperto da contribuzione figurativa, anche in maniera continuativa. Il predetto diritto non può essere riconosciuto a più di un lavoratore dipendente per l'assistenza alla stessa persona con handicap in situazione di gravità. Per l'assistenza allo stesso figlio con handicap in situazione di gravità, il diritto è riconosciuto ad entrambi i genitori, anche adottivi, che possono fruirne alternativamente".

Ad avviso del Tribunale rimettente, la norma contrasterebbe con i citati parametri costituzionali "nella parte in cui non include il convivente more uxorio tra i soggetti beneficiari dei permessi di assistenza al portatore di handicap in situazione di gravità".

1.1.- Il giudizio principale ha ad oggetto il ricorso proposto da B.D., dipendente della Azienda U.S., nei confronti di quest'ultima per vedersi riconosciuto il diritto ad usufruire dei permessi di assistenza di cui all'art. 33, comma 3, della L. n. 104 del 1992 a favore del proprio compagno, convivente more uxorio e portatore di handicap gravissimo e irreversibile (morbo di Parkinson) e, al contempo, per contrastare la pretesa della U. di recuperare nei suoi confronti - in tempo e in denaro - le ore di permesso di cui aveva usufruito per

l'assistenza già prestata al proprio convivente nel periodo 2003-2010, su autorizzazione della stessa U., poi revocata dalla Azienda, per l'assenza di legami di parentela, affinità o coniugio con l'assistito.

In particolare - riferisce il Tribunale rimettente - con ricorso depositato in data 23 aprile 2013, la ricorrente chiedeva, in via principale, che si accertasse e si dichiarasse il proprio diritto di usufruire dei permessi di assistenza previsti dall'art. 33, comma 3, della L. n. 104 del 1992 e, conseguentemente, si condannasse la Azienda U.L. a consentire alla medesima di usufruire dei detti permessi a favore del convivente P.F., conformemente alla domanda presentata in data 9 giugno 2011; si accertasse e si dichiarasse l'insussistenza del diritto della U. a recuperare, attraverso importi trattenuti in busta paga e ore di lavoro, il goduto periodo di permessi ex art. 33, comma 3, della L. n. 104 del 1992, e, per l'effetto, si condannasse l'Azienda ospedaliera: a) a restituire ad essa istante le somme indebitamente trattenute per il recupero delle ore di permesso fruito nel periodo 2003-2010, maggiorate della rivalutazione monetaria e degli interessi dalla trattenuta al saldo; b) a remunerare le ore di lavoro svolte per il recupero delle ore di permesso godute nel periodo 2003-2010, oltre rivalutazione monetaria e interessi. In via subordinata, la ricorrente chiedeva che fosse sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 33, comma 3, della L. n. 104 del 1992, nella parte in cui non include il convivente more uxorio tra i beneficiari del permesso mensile retribuito, per violazione degli artt. 2, 3, 32 e 38 Cost. nonché dell'art. 177 (recte: 117) Cost., in relazione agli artt. 1, 3, 7, 20 e 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e adattata a Strasburgo il 12 dicembre 2007.

L'Azienda U.S. si costituiva nel giudizio a quo chiedendo il rigetto delle domande.

Il rimettente precisa che, con sentenza non definitiva dell'8 gennaio 2014, accoglieva la domanda di accertamento negativo della ricorrente dichiarando l'insussistenza del diritto dell'Azienda ospedaliera di recuperare, attraverso importi trattenuti in busta paga ed ore di lavoro, i già usufruiti periodi di permesso ex art. 33, comma 3, della L. n. 104 del 1992 e, per l'effetto condannava la U. alla restituzione in favore della ricorrente delle somme indebitamente trattenute nonché al pagamento, in suo favore, di una somma pari alla retribuzione ad essa spettante per le ore di lavoro svolto in esecuzione del piano di recupero predisposto dalla U., oltre accessori di legge.

Chiamato in causa, su richiesta della U., l'Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) si costituiva nel giudizio principale, chiedendo il rigetto della domanda della ricorrente.

2.- In punto di rilevanza, il Tribunale ordinario di Livorno osserva che il giudizio principale - avente ad oggetto la domanda di accertamento del diritto della ricorrente, con decorrenza dal giugno 2011, a fruire dei permessi retribuiti di assistenza in favore del disabile grave, convivente more uxorio - non possa essere definito indipendentemente dalla risoluzione della sollevata questione di legittimità costituzionale.

Il giudice a quo ritiene che, alla luce della normativa vigente, non possa farsi luogo ad una interpretazione costituzionalmente orientata della norma censurata.

Ad avviso del rimettente, il dettato normativo, tanto nella formulazione precedente che in quella successiva alla modifica di cui all'art. 24, comma 1, lettera a), della L. n. 183 del 2010, applicabile al giudizio principale, è chiaro nell'escludere il convivente more uxorio dal novero dei fruitori dei permessi retribuiti di assistenza, precludendo l'estensione, in via esegetica, a quest'ultimo dei benefici in questione.

Il Tribunale a quo esclude, peraltro, che sussistano i presupposti per una disapplicazione parziale del censurato art. 33, comma 3, attesa la ritenuta inesistenza nell'ordinamento dell'Unione Europea di disposizioni, rilevanti nella fattispecie, che abbiano efficacia diretta (non è, al riguardo, ritenuta pertinente la sentenza della Corte di giustizia, 12 dicembre 2013, in causa C-267/12, Hay contro Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres, avente ad oggetto il diritto al congedo matrimoniale di coloro che hanno stipulato un cosiddetto patto civile di solidarietà).

3.- In punto di non manifesta infondatezza, il Tribunale ordinario di Livorno dubita, in riferimento agli artt. 2, 3 e 32 Cost., della legittimità costituzionale dell'art. 33, comma 3, della L. n. 104 del 1992, "nella parte in cui non include il convivente more uxorio tra i soggetti beneficiari dei permessi di assistenza al portatore di handicap in situazione di gravità".

Il Tribunale a quo ricorda che la Corte costituzionale, con ordinanza n. 35 del 2009, ha dichiarato manifestamente inammissibile analoga questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Savona.

Il rimettente ritiene che la diversità delle fattispecie e i mutamenti normativi intervenuti medio tempore rendano rilevante e non manifestamente infondata la prospettata questione di costituzionalità.

Il giudice a quo osserva che nel giudizio principale costituiscono circostanze incontestate che P.F., non ricoverato presso istituti specializzati o strutture sanitarie, sia un soggetto gravemente handicappato, con necessità di assistenza continua; che la ricorrente e P.F. convivano stabilmente dall'ottobre del 2002; che la ricorrente sia l'unica persona ad assistere il compagno nei continui ricoveri ospedalieri, nella riabilitazione motoria e logopedistica; che il figlio di P.F. viva con la madre, dalla quale il primo è divorziato dal 2002, e abbia con il padre rapporti saltuari non prestandogli assistenza; che gli altri parenti o affini di P.F. vivano lontani e non abbiano mai prestato assistenza allo stesso; che P.F. non abbia, dunque, parenti o affini, entro il terzo grado, idonei a provvedere alla sua assistenza e a garantirgli il diritto alla salute.

Il rimettente sottolinea come, a seguito della citata pronuncia di manifesta inammissibilità della Corte costituzionale, il legislatore, modificando l'art. 33, comma 3, della L. n. 104 del 1992, in forza dell'art. 24, comma 1, lettera a), della L. n. 183 del 2010, abbia escluso espressamente la convivenza quale presupposto per la concessione del beneficio, subordinando la fruizione dello stesso alla sola esistenza di un vincolo di matrimonio, parentela, affinità (entro il secondo grado e, in casi particolari, entro il terzo grado) tra il lavoratore dipendente che domanda il permesso retribuito e la persona disabile necessitante di assistenza.

Il giudice a quo rileva che il mutato quadro normativo e il numero crescente di interventi legislativi e giurisprudenziali (da ultimo, Corte di cassazione, sezione prima civile, sentenza 22 gennaio 2014, n. 1277) hanno attribuito sempre maggiore rilevanza alla famiglia di fatto.

Inoltre - osserva il rimettente - la L. n. 104 del 1992, significativamente rubricata "Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate", nel rafforzare gli strumenti volti a sostenere il disabile e il suo nucleo familiare, ha attribuito alla famiglia un ruolo essenziale nei confronti della persona con handicap grave, garantendo una molteplicità di funzioni (assistenza, affetto e solidarietà) altrimenti difficilmente attuabili nella loro pienezza ed effettività.

Il Tribunale a quo evidenzia come, dal tenore letterale dell'art. 33 della L. n. 104 del 1992, il concetto di famiglia preso in considerazione dalla norma non sia quello di famiglia nucleare tutelata dall'art. 29 Cost. quanto quello di famiglia estesa nella quale sono ricompresi i parenti e gli affini sino al terzo grado, anche se non conviventi con l'assistito.

La famiglia che viene in rilievo nell'art. 33 - aggiunge il rimettente - è dunque quella intesa come "formazione sociale" ai sensi dell'art. 2 Cost., strumento di attuazione e garanzia dei diritti fondamentali dell'uomo e luogo deputato all'adempimento di doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.

Da questa premessa il giudice a quo desume "una discrasia tra la norma in parola, nella parte in cui non attribuisce alcun diritto di assistenza al convivente more uxorio, e i principi sanciti a più riprese dalla giurisprudenza nazionale (tanto costituzionale che di legittimità) e sovranazionale in punto di tutela della famiglia di fatto retta dalla convivenza more uxorio e dei diritti e doveri connessi all'appartenenza a tale formazione sociale".

Il rimettente richiama, al riguardo, sul piano sovranazionale, la giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo in merito all'art. 8 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con L. 4 agosto 1955, n. 848 sulla tutela del diritto alla vita familiare, intesa come ricomprensiva non solo delle relazioni basate sul matrimonio ma anche di altri legami familiari di fatto (sentenza 24 giugno 2010, Schalk e Kopf contro Austria).

A questo indirizzo corrisponde - prosegue il giudice a quo - un orientamento giurisprudenziale nazionale, sia costituzionale che di legittimità, che valorizza il riconoscimento ai sensi dell'art. 2 Cost. delle formazioni sociali, nelle quali va ricondotta "ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione" (sentenza della Corte costituzionale n. 138 del 2010; sulla convivenza more uxorio, quale formazione sociale, sono richiamate, altresì, la sentenza della Corte costituzionale n. 404 del 1988 e la sentenza della Corte di cassazione, sezione prima civile, n. 1277 del 2014). Nella nozione di formazione sociale, la giurisprudenza sia costituzionale che di legittimità - ricorda il rimettente - ha ricondotto la stabile convivenza tra due persone, anche dello stesso sesso (sono richiamate la sentenza della Corte costituzionale n. 138 del 2010 e la sentenza della Corte di cassazione, sezione prima civile, 15 marzo 2012, n. 4184).

In particolare, il rimettente sottolinea come la Corte costituzionale, sin dagli anni '80, abbia affermato espressamente che l'art. 2 Cost. è riferibile altresì "alle convivenze di fatto, purché caratterizzate da un grado accertato di stabilità" (sentenza n. 237 del 1986).

Anche nella giurisprudenza di legittimità - osserva il giudice a quo - si rinvencono significative pronunce in merito alla rilevanza di formazione sociale della convivenza more uxorio, fonte di diritti e doveri morali e sociali del convivente nei confronti dell'altro (sono richiamate, con riguardo all'affermazione della responsabilità aquiliana nei rapporti interni alla convivenza, Corte di cassazione, sezione prima civile, sentenza 10 maggio 2005, n. 9801; nelle lesioni arrecate da terzi, Corte di cassazione, sezione terza civile, sentenze, 21 marzo 2013, n. 7128; 16 settembre 2008, n. 23725; con riguardo alla rilevanza della convivenza del coniuge separato o divorziato ai fini dell'assegno di mantenimento o di quello di divorzio, Corte di cassazione, sezione prima civile, sentenze 12 marzo 2012, n. 3923; 11 agosto 2011, n. 17195; 10 agosto 2007, n. 17643; 10 novembre 2006, n. 24056; con riguardo alla tutela possessoria, Corte di cassazione, sezione seconda civile, sentenza 21 marzo 2013, n. 7214).

Il Tribunale a quo rileva, altresì, come nella stessa legislazione nazionale, ferma la diversità dei rapporti personali e patrimoniali nascenti dalla convivenza di fatto rispetto a quelli originati dal matrimonio, siano emersi segnali nel senso di una sempre maggiore rilevanza della famiglia di fatto.

Avuto riguardo al richiamato quadro legislativo e giurisprudenziale sulla cosiddetta famiglia di fatto, ad avviso del rimettente, l'art. 33, comma 3, della L. n. 104 del 1992, nell'escludere dal novero dei possibili beneficiari dei permessi retribuiti il convivente more uxorio, violerebbe l'art. 2 Cost., non consentendo alla persona affetta da handicap grave di beneficiare della piena ed effettiva assistenza nell'ambito di una formazione sociale che la stessa ha contribuito a creare e che è sede di svolgimento della propria personalità.

La norma in oggetto contrasterebbe anche con l'art. 3 Cost. stante la irragionevole disparità di trattamento, in punto di assistenza da prestarsi attraverso i permessi retribuiti, tra il portatore di handicap inserito in una stabile famiglia di fatto e il soggetto in identiche condizioni facente parte di una famiglia fondata sul matrimonio, diversità che non trova ragione - secondo il Tribunale a quo - nella ratio della norma che è quella di garantire, attraverso la previsione delle agevolazioni, la tutela della salute psico-fisica della persona affetta da handicap grave (art. 32 Cost.), nonché la tutela della dignità umana e quindi dei diritti inviolabili dell'uomo di cui all'art. 2 Cost., beni primari non collegabili geneticamente ad un preesistente rapporto di matrimonio ovvero di parentela o affinità.

Il giudice a quo precisa che il dubbio di costituzionalità non riguarda la perfetta equiparabilità della convivenza di fatto al rapporto di coniugio, ma la ragionevolezza, ex art. 3 Cost., della diversità di trattamento per quanto attiene alla particolare disciplina dei diritti di assistenza alle persone con handicap.

Nel caso di specie - ad avviso del rimettente - non rileverebbe, la diversità rispetto al rapporto di coniugio della convivenza more uxorio, fondata sulla affectio quotidiana, liberamente e in ogni istante revocabile,

di ciascuna delle parti, in quanto la norma censurata non è finalizzata ad assicurare a colui che assiste una persona con handicap grave un trattamento pensionistico o di natura patrimoniale, bensì, a garantire, attraverso la previsione di agevolazioni, la tutela del soggetto disabile.

Il Tribunale a quo ritiene, quindi, che, in considerazione della riferibilità dell'art. 2 Cost. anche alle convivenze di fatto, purché caratterizzate da un grado accertato di stabilità (sono richiamate le sentenze della Corte costituzionale n. 310 del 1989 e n. 237 del 1986) nonché della riconducibilità dei diritti sottesi alla norma censurata nel novero dei diritti inviolabili dell'uomo presidiati dall'art. 2 Cost., non siano ragionevoli la diversità di trattamento denunciata e il conseguente vuoto di tutela.

4.- Con memoria depositata in data 12 gennaio 2015 si è costituito in giudizio l'INPS chiedendo che la sollevata questione di legittimità costituzionale sia dichiarata non fondata.

Preliminarmente, l'INPS eccepisce il difetto di legittimazione passiva nel giudizio a quo, stante la pacifica natura pubblica del rapporto di lavoro che lega la ricorrente all'U.L., con conseguente obbligo di corresponsione dell'indennità ai sensi dell'art. 33, comma 3, della L. n. 104 del 1992 esclusivamente a carico dell'amministrazione pubblica di riferimento. Al riguardo, l'Istituto precisa che solo per i lavoratori dipendenti privati l'indennità è anticipata dal datore di lavoro e poi a quest'ultimo rimborsata dall'ente previdenziale attraverso il sistema del conguaglio con i contributi allo stesso dovuti.

A sostegno della non fondatezza della questione, l'INPS richiama la giurisprudenza costituzionale che ritiene non assimilabili la famiglia di fatto e quella fondata sul matrimonio, l'una caratterizzata dall'affettio quotidiana, liberamente e in ogni caso revocabile, e l'altra dalla stabilità, certezza, reciprocità e corrispettività dei diritti e dei doveri da essa scaturenti, con conseguente ragionevolezza della non automatica parificazione delle due situazioni e dunque della diversità di trattamento fra i rispettivi regimi (sentenza n. 2 del 1998; in materia previdenziale, sentenze n. 86 del 2009 e n. 461 del 2000).

In particolare - osserva l'INPS - la mancata inclusione del convivente more uxorio tra i beneficiari dei permessi retribuiti mensili troverebbe una ragionevole giustificazione nella necessaria correlazione tra l'erogazione dei fondi pubblici e la preesistenza di un rapporto giuridico certo qual è quello della famiglia fondata sul matrimonio.

L'Istituto esclude, altresì, la violazione del "principio della tutela delle formazioni sociali in cui si sviluppa la persona umana" (sentenza n. 461 del 2000), in quanto, da un lato, l'ostacolo al riconoscimento del permesso retribuito dipende dalla autonoma scelta dei conviventi di non conformarsi allo statuto della famiglia legittima e, dall'altro, tale beneficio di carattere meramente economico risulta di difficile inquadramento tra i diritti inviolabili dell'uomo presidiati dall'art. 2 Cost. Peraltro - precisa l'INPS - il mancato riconoscimento del permesso mensile di assistenza al convivente di fatto non vulnererebbe neanche indirettamente il diritto di salute del disabile, potendo beneficiare della prestazione in esame parenti ed affini, esistenti nel caso di specie.

In ultimo, l'Istituto sottolinea l'inammissibilità della pronuncia di carattere additivo in quanto "le esigenze solidaristiche evidenziate dal rimettente possono trovare la sede idonea alla loro realizzazione nell'attività del legislatore e non già nel giudizio di legittimità costituzionale" (sentenza n. 461 del 2000).

5.- Con memoria depositata in data 13 gennaio 2015, è intervenuto il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, chiedendo che la sollevata questione di legittimità costituzionale sia dichiarata non fondata.

In primo luogo, la difesa statale ritiene non meritevole di pregio la censura di violazione dell'art. 3 Cost. per assunta disparità di trattamento tra il coniuge e il convivente more uxorio. Sul punto, deduce la non assimilabilità, per giurisprudenza costituzionale, della convivenza more uxorio al vincolo coniugale, considerato il diverso fondamento rispettivamente nell'art. 2 e nell'art. 29 Cost., nonché la diversità dell'una dall'altra forma di vita comune tra uomo e donna, tale da giustificare una non uniformità di trattamento tra i rispettivi regimi (sentenze n. 140 e n. 86 del 2009; n. 8 del 1996; ordinanza n. 7 del 2010).

L'Avvocatura generale sottolinea come il legislatore abbia inteso correlare il diritto ai permessi retribuiti agli obblighi giuridici di assistenza che si impongono nell'ambito della famiglia fondata sul matrimonio. Al riguardo, la difesa statale rileva anche che la Corte costituzionale ha evidenziato l'essenziale ruolo della famiglia nella cura e nella socializzazione del soggetto disabile (sentenza n. 350 del 2003), estendendo l'ambito di applicazione delle varie disposizioni dirette ad assicurare particolare assistenza al portatore di handicap sempre nell'ambito dell'istituto della famiglia legittima (con riguardo all'istituto del congedo straordinario - che si assume abbia la stessa funzione e ratio della norma censurata - sono richiamate le sentenze n. 203 del 2013; n. 19 del 2009; n. 158 del 2007 e n. 233 del 2005). L'istituto del permesso mensile retribuito, ugualmente al congedo straordinario - osserva l'Avvocatura generale - troverebbe un corrispettivo nei particolari obblighi giuridici che il coniuge assume con il matrimonio e non solo in un generale dovere di solidarietà sociale.

Da qui la ritenuta non contrarietà della norma censurata al principio di eguaglianza, ai principi costituzionali che riconoscono le formazioni sociali e al diritto alla salute, stante la particolare idoneità della famiglia fondata sul matrimonio ad assicurare le forme di assistenza riconosciute ed incentivate dal legislatore nella sua discrezionalità.

Motivi della decisione

1.- Il Tribunale ordinario di Livorno, in funzione di giudice del lavoro, dubita della legittimità costituzionale dell'art. 33, comma 3, della L. 5 febbraio 1992, n. 104 (Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate), come modificato dall'art. 24, comma 1, lettera a), della L. 4 novembre 2010, n. 183 (Deleghe al Governo in materia di lavori usuranti, di riorganizzazione di enti, di congedi, aspettative e permessi, di ammortizzatori sociali, di servizi per l'impiego, di incentivi all'occupazione, di apprendistato, di occupazione femminile, nonché misure contro il lavoro sommerso e disposizioni in tema

di lavoro pubblico e di controversie di lavoro) "nella parte in cui non include il convivente more uxorio tra i soggetti beneficiari dei permessi di assistenza al portatore di handicap in situazione di gravità", per violazione degli artt. 2, 3 e 32 della Costituzione.

L'art. 33, comma 3, della L. n. 104 del 1992, rubricato "Agevolazioni", nel testo modificato dal cosiddetto Collegato lavoro, prevede che: "A condizione che la persona handicappata non sia ricoverata a tempo pieno, il lavoratore dipendente, pubblico o privato, che assiste persona con handicap in situazione di gravità, coniuge, parente o affine entro il secondo grado, ovvero entro il terzo grado qualora i genitori o il coniuge della persona con handicap in situazione di gravità abbiano compiuto i sessantacinque anni di età oppure siano anche essi affetti da patologie invalidanti o siano deceduti o mancanti, ha diritto a fruire di tre giorni di permesso mensile retribuito coperto da contribuzione figurativa, anche in maniera continuativa. Il predetto diritto non può essere riconosciuto a più di un lavoratore dipendente per l'assistenza alla stessa persona con handicap in situazione di gravità. Per l'assistenza allo stesso figlio con handicap in situazione di gravità, il diritto è riconosciuto ad entrambi i genitori, anche adottivi, che possono fruirne alternativamente".

Ad avviso del giudice rimettente, la norma censurata nell'escludere dal novero dei possibili beneficiari dei permessi retribuiti il convivente more uxorio, si porrebbe in contrasto con l'art. 2 Cost., in quanto non consentirebbe alla persona affetta da handicap grave di beneficiare della piena ed effettiva assistenza nell'ambito di una formazione sociale che la stessa ha contribuito a creare e che è sede di svolgimento della propria personalità; con l'art. 3 Cost., unitamente agli artt. 2 e 32 Cost., poiché darebbe luogo ad una irragionevole disparità di trattamento, in punto di assistenza da prestarsi attraverso i permessi retribuiti, tra il portatore di handicap inserito in una stabile famiglia di fatto e il soggetto in identiche condizioni facente parte di una famiglia fondata sul matrimonio. Tale diversità, infatti, non troverebbe ragione nella ratio della norma che è quella di garantire, attraverso la previsione delle agevolazioni, la tutela della salute psico-fisica della persona affetta da handicap grave ex art. 32 Cost., nonché la tutela della dignità umana e quindi dei diritti inviolabili dell'uomo di cui all'art. 2 Cost., beni primari non collegabili geneticamente ad un preesistente rapporto di matrimonio ovvero di parentela o affinità.

2.- Il Tribunale rimettente sottopone all'esame di questa Corte una richiesta di pronuncia additiva volta a colmare una lacuna nella legislazione, ritenuta contraria ai principi costituzionali invocati.

2.1.- Il giudice a quo è chiamato a decidere sulla domanda di accertamento del diritto della ricorrente ad usufruire dei permessi di assistenza di cui all'art. 33, comma 3, della L. n. 104 del 1992, conformemente all'istanza presentata da quest'ultima alla Azienda U.L. nel giugno del 2011.

La questione è rilevante, in quanto la norma applicabile *ratione temporis* al giudizio principale è, dunque, l'art. 33, comma 3, della L. n. 104 del 1992, come modificato dal cosiddetto Collegato lavoro, senza che rilevi la successiva novella di cui all'art. 6, comma 1, lettera a) del D.Lgs. 18 luglio 2011, n. 119 (Attuazione dell'art. 23 della L. 4 novembre 2010, n. 183, recante delega al Governo per il riordino della normativa in materia di congedi, aspettative e permessi), disciplinante, peraltro, una fattispecie particolare - quella del possibile cumulo dei permessi nel caso di assistenza a più persone in situazione di handicap grave - non ricorrente nel caso di specie.

3.- Nel merito, la questione è fondata.

3.1.- Per un adeguato inquadramento della stessa, occorre, preliminarmente, ricostruire la ratio legis dell'istituto del permesso mensile retribuito di cui all'art. 33, comma 3, della L. n. 104 del 1992, alla luce dei suoi presupposti e delle vicende normative che lo hanno caratterizzato.

Invariate sono rimaste nel tempo le condizioni oggettive per il riconoscimento del permesso mensile retribuito ravvisabili nella situazione di disabilità grave, ai sensi dell'art. 3, comma 3, della L. n. 104 del 1992, riconosciuta, con certificazione o verbale, dalla apposita Commissione Medica Integrata ex art. 4, comma 1, della L. n. 104 del 1992, nonché - fatte salve specifiche eccezioni - nel mancato ricovero a tempo pieno del portatore di handicap da assistere.

La formulazione originaria dell'art. 33, comma 3, della L. n. 104 del 1992 riconosceva il diritto a fruire dei tre giorni di permesso mensile, anche in maniera continuativa, alla lavoratrice madre o, in alternativa al lavoratore padre, anche adottivi, di minore con handicap in situazione di gravità che avesse compiuto i tre anni di età, nonché a colui (lavoratore dipendente) che assistesse una persona con handicap in situazione di gravità, parente o affine entro il terzo grado, convivente.

L'art. 19, comma 1, lettera a), della L. 8 marzo 2000, n. 53 (Disposizioni per il sostegno della maternità e della paternità, per il diritto alla cura e alla formazione e per il coordinamento dei tempi delle città), modificando l'art. 33 della L. n. 104 del 1992, ha previsto la copertura da "contribuzione figurativa" dei giorni di permesso retribuito di cui al comma 3 dello stesso articolo.

L'art. 20 della medesima L. n. 53 del 2000 ha sancito l'applicabilità delle disposizioni dell'art. 33 della L. n. 104 del 1992 "ai genitori ed ai familiari lavoratori, con rapporto di lavoro pubblico o privato, che assistono con continuità e in via esclusiva un parente o un affine entro il terzo grado portatore di handicap, ancorché non convivente".

Dalla lettura congiunta dell'art. 33 della L. n. 104 del 1992 con l'art. 20 della L. n. 53 del 2000, la prevalente giurisprudenza amministrativa (ex plurimis, Consiglio di Stato, sezione quarta, 22 maggio 2012, n. 2964; Consiglio di Stato, sezione sesta, 1 dicembre 2010, n. 8382) ha desunto la eliminazione del requisito della "convivenza" anche per i permessi mensili retribuiti di cui al comma 3 dell'art. 33, nonché l'introduzione dei diversi requisiti della "continuità ed esclusività" dell'assistenza ai fini della concessione delle agevolazioni in questione.

L'art. 24, comma 1, lettera a), della L. n. 183 del 2010 ha modificato sensibilmente la portata dell'art. 33, comma 3, della L. n. 104 del 1992.

In particolare, il legislatore, nel ridefinire la categoria dei lavoratori legittimati a fruire dei permessi per assistere persone in situazione di handicap grave, ha ristretto la platea dei beneficiari.

Infatti, se, da un lato, ha eliminato la limitazione del compimento del terzo anno di età del bambino per la fruizione del permesso mensile retribuito da parte del lavoratore dipendente genitore del minore in situazione di disabilità grave (potendo i genitori, in forza della modifica, fruire, alternativamente, del permesso mensile retribuito anche per assistere figli portatori di handicap in età inferiore ai tre anni), dall'altro, ha riconosciuto il diritto a fruire dei tre giorni di permesso mensile al lavoratore dipendente, pubblico o privato, che assiste persona con handicap in situazione di gravità, coniuge, parente o affine entro il secondo grado.

Solo in particolari situazioni l'agevolazione in questione può essere estesa ai parenti e agli affini di terzo grado delle persone da assistere.

Infatti, l'estensione del diritto a fruire dei benefici in questione ai parenti e affini di terzo grado è stata prevista nei casi in cui il coniuge o i genitori della persona affetta da grave disabilità: a) abbiano compiuto i sessantacinque anni di età; b) siano affetti da patologie invalidanti; c) siano deceduti o mancanti.

L'art. 24 della L. n. 183 del 2010, inoltre, se da un lato, nel novellare l'art. 20, comma 1, della L. n. 53 del 2000, ha eliminato i requisiti della "continuità ed esclusività" dell'assistenza per fruire dei permessi mensili retribuiti, dall'altro, nel modificare l'art. 33, comma 3, della L. n. 104 del 1992, ha introdotto il principio del "referente unico" per ciascun disabile, ovvero del riconoscimento del permesso mensile retribuito a non più di un lavoratore dipendente per l'assistenza alla stessa persona con handicap in situazione di gravità, fatta salva la possibilità per i genitori, anche adottivi, di fruirne alternativamente, per l'assistenza dello stesso figlio affetto da grave disabilità. Nella formulazione dell'art. 33, comma 3, come sostituito dall'art. 24, comma 1, lettera a), della L. n. 183 del 2010, è stato, peraltro, espunto espressamente il requisito della "convivenza".

Il legislatore è intervenuto nuovamente nella materia dei permessi mensili retribuiti spettanti per l'assistenza a persone con disabilità grave, in sede di attuazione della delega contenuta nell'art. 23 della L. n. 183 del 2010. Tale delega è stata attuata dal D.Lgs. n. 119 del 2011, in particolare dall'art. 6.

L'art. 6, comma 1, lettera a), del D.Lgs. n. 119 del 2011 ha aggiunto un periodo al comma 3 dell'art. 33 della L. n. 104 del 1992, relativo alla disciplina della particolare fattispecie del cumulo dei permessi mensili retribuiti in capo al dipendente che presti assistenza nei confronti di più persone in situazione di handicap grave, allorché ricorrano determinate situazioni ivi elencate.

3.2.- Quanto all'ammontare e alle modalità di godimento dei permessi mensili retribuiti ex art. 33, comma 3, della L. n. 104 del 1992, l'indennità - fruibile in maniera continuativa o frazionata - è pari all'intero ammontare della retribuzione ed è a carico dell'ente assicuratore; viene anticipata dal datore di lavoro ed è portata a conguaglio con gli apporti contributivi dovuti all'ente assicuratore (ai sensi dell'art. 43 del D.Lgs. 26 marzo 2001, n. 151, recante "Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, a norma dell'articolo 15 della L. 8 marzo 2000, n. 53", nel quale sono contenute le disposizioni dell'art. 8 della L. 9 dicembre 1977, n. 903, recante "Parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro", abrogato dall'art. 86 del D.Lgs. n. 151 del 2001).

Inoltre, i periodi di fruizione dei permessi ex art. 33, comma 3, della L. n. 104 del 1992, sono computabili nell'anzianità di servizio, esclusi gli effetti relativi alle ferie e alla tredicesima mensilità (ai sensi dell'art. 34, comma 5, del D.Lgs. n. 151 del 2001, richiamato dall'art. 43, comma 2, del medesimo D.Lgs. n. 151 del 2001).

Il permesso mensile retribuito di cui al censurato art. 33, comma 3, è, dunque, espressione dello Stato sociale che eroga una provvidenza in forma indiretta, tramite facilitazioni e incentivi ai congiunti che si fanno carico dell'assistenza di un parente disabile grave. Trattasi di uno strumento di politica socio-assistenziale, che, come quello del congedo straordinario di cui all'art. 42, comma 5, del D.Lgs. n. 151 del 2001, è basato sul riconoscimento della cura alle persone con handicap in situazione di gravità prestata dai congiunti e sulla valorizzazione delle relazioni di solidarietà interpersonale ed intergenerazionale.

3.3.- La tutela della salute psico-fisica del disabile, costituente la finalità perseguita dalla L. n. 104 del 1992, postula anche l'adozione di interventi economici integrativi di sostegno alle famiglie "il cui ruolo resta fondamentale nella cura e nell'assistenza dei soggetti portatori di handicap" (sentenze n. 203 del 2013; n. 19 del 2009; n. 158 del 2007 e n. 233 del 2005).

Nel novero di tali interventi si iscrive il diritto al permesso mensile retribuito in questione.

Infatti, alla luce dei suoi presupposti e delle vicende normative che lo hanno caratterizzato, la ratio legis dell'istituto in esame consiste nel favorire l'assistenza alla persona affetta da handicap grave in ambito familiare.

Risulta, pertanto, evidente che l'interesse primario cui è preposta la norma in questione - come già affermato da questa Corte con riferimento al congedo straordinario di cui all'art. 42, comma 5, del D.Lgs. n. 151 del 2001 - è quello di "assicurare in via prioritaria la continuità nelle cure e nell'assistenza del disabile che si realizzino in ambito familiare, indipendentemente dall'età e dalla condizione di figlio dell'assistito" (sentenze n. 19 del 2009 e n. 158 del 2007).

Tanto più che i soggetti tutelati sono portatori di handicap in situazione di gravità, affetti cioè da una compromissione delle capacità fisiche, psichiche e sensoriali tale da "rendere necessario un intervento assistenziale permanente, continuativo e globale nella sfera individuale o in quella di relazione", secondo quanto letteralmente previsto dall'art. 3, comma 3, della L. n. 104 del 1992.

L'istituto del permesso mensile retribuito è dunque in rapporto di stretta e diretta correlazione con le finalità perseguite dalla L. n. 104 del 1992, in particolare con quelle di tutela della salute psico-fisica della persona portatrice di handicap.

La salute psico-fisica del disabile quale diritto fondamentale dell'individuo tutelato dall'art. 32 Cost., rientra tra i diritti inviolabili che la Repubblica riconosce e garantisce all'uomo, sia come singolo che nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità (art. 2 Cost.).

L'assistenza del disabile e, in particolare, il soddisfacimento dell'esigenza di socializzazione, in tutte le sue modalità esplicative, costituiscono fondamentali fattori di sviluppo della personalità e idonei strumenti di

tutela della salute del portatore di handicap, intesa nella sua accezione più ampia di salute psico-fisica (sentenze n. 158 del 2007 e n. 350 del 2003).

Il diritto alla salute psico-fisica, ricomprensivo della assistenza e della socializzazione, va dunque garantito e tutelato, al soggetto con handicap in situazione di gravità, sia come singolo che in quanto facente parte di una formazione sociale per la quale, ai sensi dell'art. 2 Cost., deve intendersi "ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico" (sentenza n. 138 del 2010).

3.4.- Alla luce delle premesse sopra svolte, se tale è la ratio legis della norma in esame, è irragionevole che nell'elencazione dei soggetti legittimati a fruire del permesso mensile retribuito ivi disciplinato, non sia incluso il convivente della persona con handicap in situazione di gravità.

L'art. 3 Cost. va qui invocato, dunque, non per la sua portata eguagliatrice, restando comunque diversificata la condizione del coniuge da quella del convivente, ma per la contraddittorietà logica della esclusione del convivente dalla previsione di una norma che intende tutelare il diritto alla salute psico-fisica del disabile (v. sia pure per profili diversi, la sentenza n. 404 del 1988).

E ciò in particolare - ma non solo - nei casi in cui la convivenza si fondi su una relazione affettiva, tipica del "rapporto familiare", nell'ambito della platea dei valori solidaristici postulati dalle "aggregazioni" cui fa riferimento l'art. 2 Cost.

Questa Corte ha, infatti, più volte affermato che la distinta considerazione costituzionale della convivenza e del rapporto coniugale non esclude la comparabilità delle discipline riguardanti aspetti particolari dell'una e dell'altro che possano presentare analogie ai fini del controllo di ragionevolezza a norma dell'art. 3 Cost. (sentenze n. 416 e n. 8 del 1996; ordinanza n. 121 del 2004).

In questo caso l'elemento unificante tra le due situazioni è dato proprio dall'esigenza di tutelare il diritto alla salute psico-fisica del disabile grave, nella sua accezione più ampia, collocabile tra i diritti inviolabili dell'uomo ex art. 2 Cost.

D'altra parte, ove così non fosse, il diritto - costituzionalmente presidiato - del portatore di handicap di ricevere assistenza nell'ambito della sua comunità di vita, verrebbe ad essere irragionevolmente compresso, non in ragione di una obiettiva carenza di soggetti portatori di un rapporto qualificato sul piano affettivo, ma in funzione di un dato "normativo" rappresentato dal mero rapporto di parentela o di coniugio.

3.5.- Se, dunque, l'art. 3 Cost. è violato per la non ragionevolezza della norma censurata, gli artt. 2 e 32 Cost. lo sono, quanto al diritto fondamentale alla salute psico-fisica del disabile grave, sia come singolo che nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità.

La norma in questione, nel non includere il convivente tra i soggetti legittimati a fruire del permesso mensile retribuito, viola, quindi, gli invocati parametri costituzionali, risolvendosi in un inammissibile impedimento all'effettività dell'assistenza e dell'integrazione.

3.6.- Il carattere residuale della fruizione dell'agevolazione in questione da parte del parente o affine entro il terzo grado, induce questa Corte ad includere il convivente tra i soggetti beneficiari, in via ordinaria, del permesso mensile retribuito (coniuge, parente o affine entro il secondo grado).

3.7.- Va, pertanto, dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 33, comma 3, della L. n. 104 del 1992, nella parte in cui non include il convivente tra i soggetti legittimati a fruire del permesso mensile retribuito per l'assistenza alla persona con handicap in situazione di gravità, in alternativa al coniuge, parente o affine entro il secondo grado.

P.Q.M.

LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 33, comma 3, della L. 5 febbraio 1992, n. 104 (Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate), come modificato dall'art. 24, comma 1, lettera a), della L. 4 novembre 2010, n. 183 (Deleghe al Governo in materia di lavori usuranti, di riorganizzazione di enti, di congedi, aspettative e permessi, di ammortizzatori sociali, di servizi per l'impiego, di incentivi all'occupazione, di apprendistato, di occupazione femminile, nonché misure contro il lavoro sommerso e disposizioni in tema di lavoro pubblico e di controversie di lavoro) nella parte in cui non include il convivente - nei sensi di cui in motivazione - tra i soggetti legittimati a fruire del permesso mensile retribuito per l'assistenza alla persona con handicap in situazione di gravità, in alternativa al coniuge, parente o affine entro il secondo grado.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 5 luglio 2016.

Depositata in Cancelleria il 23 settembre 2016.



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

Composta da:

| | |
|-----------------------------------|------------------|
| Dott. Federico Grillo Pasquarelli | PRESIDENTE |
| Dott. Piero Rocchetti | CONSIGLIERE |
| Dott. ssa Patrizia Visaggi | CONSIGLIERE Rel. |

ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

nella causa di lavoro iscritta al n.ro **312 /2020** R.G.L.

promossa da:

GRUPPO TORINESE TRASPORTI - GTT SPA, P.Iva 08555280018, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Diego Dirutigliano e Luca Ropolo presso i quali è elettivamente domiciliata in Torino Via Mercantini, 5 per procura in calce al ricorso di primo grado

APPELLANTE

CONTRO

CRAVERO PAOLA, LIMONCINO COSIMO, LOMAESTRO GIOVANNA, POGGIO MAURIZIO e PUPO CESARE tutti rappresentati e difesi, in forza di mandato

speciale in calce al ricorso introduttivo del primo grado di giudizio, dagli Avv.ti Mirella Caffaratti, Luca Pigozzi e Arianna Enrichens e presso il loro studio elettivamente domiciliati in Torino, Via Morghen n.28

APPELLATI

Oggetto: altre ipotesi

CONCLUSIONI

Per l'appellante:

Come da ricorso depositato il 20.8.2020

Per gli appellati:

Come da memoria depositata il 26.1.2021

FATTI DI CAUSA

Con ricorso al Tribunale di Torino depositato in data 26.1.2016, Cravero Paola, Limoncino Cosimo, Lomaestro Giovanna, Poggio Maurizio e Pupo Cesare hanno chiamato in giudizio la società Gruppo Torinese Trasporti GTT S.p.A. chiedendo:

- di accertare e dichiarare la natura discriminatoria del comportamento della convenuta consistente nel mancato computo delle assenze dovute a causa di assistenza ai malati portatori di handicap o a causa della propria disabilità (ai sensi dell'art. 33 legge 104/1992), al pari della effettiva presenza in servizio, nella determinazione del premio di risultato;
- di accertare e dichiarare il loro diritto a che tali assenze siano considerate al pari della effettiva presenza in servizio al fine del computo del premio di risultato, previa ove occorra declaratoria

di nullità/illegittimità o previo annullamento degli artt. 3 a) e 3 b) dell'Accordo 21.5.2004, dell'art. 1 lett. a), b) e c), dell'articolo 2 e) e f) dell'accordo 11/6/2009, dell'articolo 1 c) dell'accordo 4/10/2012, dell'articolo 5 c) nn. 5 e 6, d) nn. 5 e 6, e) n. 4, f), g) n. 5 e 6 dell'accordo 6/8/2014, degli articoli 3 e 4 dell'accordo 17/12/2014;

- di condannare la convenuta a pagare a ciascun ricorrente le conseguenti differenze retributive sul calcolo del premio di risultato, oltre interessi e rivalutazione monetaria.

Costituitasi in giudizio, GTT S.p.A. ha resistito chiedendo il rigetto delle domande.

Con ordinanza n.10647/20, pubblicata in data 23.7.2020, il Tribunale ha accolto il ricorso, condannato la società a corrispondere le conseguenti differenze retributive nell'importo quantificato in atti, ordinato la cessazione del comportamento discriminatorio e posto a carico della GTT le spese di lite liquidate in euro 6.200,00, oltre rimborso forfettario, Iva e Cpa.

GTT S.p.A. ha proposto appello, cui hanno resistito gli appellati.

All'udienza di discussione del 11.2.2021, la causa è stata decisa come da dispositivo.

RAGIONI DELLA DECISIONE

Il Tribunale - pacifici essendo i fatti di causa, ivi compreso il contenuto degli accordi sindacali denunciati (peraltro richiamati in motivazione) - ha esaminato il quadro normativo che regola la materia (art. 13 Trattato UE, come modificato nel 1998 dal

Trattato di Amsterdam, art. 21 Carta di Nizza - Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea; Direttiva 2000/78, nonché il D.lgs attuativo n. 216/03 e la L. n. 67/ 2006), alla luce dell'interpretazione datane dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia (sentenza Coleman-C-303/06) e della Corte di Cassazione e, per quanto ancora di interesse ai fini della decisione, ha motivato come di seguito sintetizzato:

-il criterio adottato dalla società convenuta per stabilire l'ammontare del premio di risultato appare neutro, in quanto volto a dissuadere l'assenteismo e a premiare i dipendenti che nel corso del periodo di riferimento non siano stati assenti dal lavoro o abbiano effettuato un numero di assenze esiguo;

-ad ogni scaglione di assenze corrisponde un'attribuzione percentuale della quota variabile del premio di risultato via via decrescente; le conseguenze negative aumentano poi in modo rilevante quando il lavoratore sia stato assente per altri motivi, ivi compresa la malattia, scattando automaticamente ad uno scaglione deteriore;

-tale sistema, che certamente comporta un abbattimento del premio di risultato per i lavoratori che usufruiscono dei permessi ex L.104/1992, risulta illegittimo e discriminatorio alla luce del principio di non discriminazione, già affermato dalla Carta di Nizza e ribadito dalla Direttiva 2000/78, secondo il quale è vietata qualsiasi forma di discriminazione basata su *handicap*, diretta o indiretta;

-la prima si configura quando, per motivi connessi alla disabilità, una persona è trattata in modo meno favorevole di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata una persona non disabile in una situazione analoga; la seconda ricorre quando una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri mettono una persona con disabilità in una posizione di svantaggio rispetto ad altre persone;

-secondo l'art.2 della Direttiva ricorrono due tipologie di giustificazione alla discriminazione indiretta, che si realizzano ove: i) la disposizione, il criterio o la prassi siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il loro conseguimento siano appropriati e necessari; ii) nel caso di persone portatrici di un particolare *handicap*, il datore di lavoro o qualsiasi persona o organizzazione a cui si applica la Direttiva sia obbligato dalla legislazione nazionale ad adottare misure adeguate, conformemente ai principi di cui all'articolo 5, per ovviare agli svantaggi provocati dalla disposizione, criterio o prassi;

-l'ambito di applicazione di tali principi è ampio, in quanto riferibile alle condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro, alla promozione, all'accesso a tutti i tipi e livelli di orientamento e formazione professionale, alle condizioni di lavoro, comprese le condizioni di licenziamento e la retribuzione; per garantire il rispetto del principio della parità di trattamento dei disabili,

devono essere previste soluzioni ragionevoli (c.d. “accomodamenti ragionevoli”);

- dalle disposizioni della Direttiva 2000/78 (le cui definizioni sono riprese dal D.Lgs.216/03 senza sostanziali modifiche) non può dirsi che il principio della parità di trattamento che essa mira a garantire sia limitato alle persone esse stesse disabili (v.Corte di Giustizia UE sentenza 17.7.2008 Coleman/Attridge Law-C-303/06) dal momento che il principio della parità di trattamento sancito da detta Direttiva si applica non in relazione ad una determinata categoria di persone, bensì sulla scorta dei motivi indicati al suo art. 1 (religione, convinzioni personali, *handicap*, età e orientamento sessuale);

- è vietato discriminare non solo i disabili, ma è vietato discriminare chiunque a motivo della disabilità; quindi anche persone non disabili, ma che possono essere discriminate a motivo della disabilità del soggetto che assistono, il limite è dato dalla considerazione che le persone non disabili possono essere protette solo se si trovano in stretto rapporto con il disabile.

Con i primi due motivi, ripetitivi delle difese già svolte, l'appellante censura la decisione del Tribunale affermando che gli accordi sindacali differenziano i lavoratori in ragione dell'essere presenti o meno dal servizio e che quindi non penalizzano gli appellati, tutti lavoratori abili; che l'ipotesi di discriminazione indiretta riguarderebbe solo i disabili e non i “caregiver”, come altresì desumibile, a suo dire, dalla sentenza

Coleman della Corte di Giustizia che, nell'esaminare una situazione di discriminazione diretta, ha comparato la situazione di due lavoratrici abili, di cui una madre di minore disabile; che il datore del "caregiver" non è tenuto a sostenere oneri economici ulteriori e diversi, da quelli di sopportare la sua assenza dal servizio in coincidenza con le giornate di permesso dedicate a un disabile (che è soggetto terzo rispetto al rapporto di lavoro con il caregiver), tenuto altresì conto che il trattamento economico erogato ai lavoratori abili che fruiscono del permesso ex L.104/92 deve essere onnicomprensivo.

Ritiene il Collegio non condivisibili dette censure, in continuità con il precedente di questa Corte avente ad oggetto, in relazione ai medesimi accordi sindacali di cui si controverte, il mancato computo dal parte dell'odierna appellante delle assenze dovute a causa di gravidanza, maternità, congedi parentali e permessi per malattia dei figli (sentenza n.937/2017).

Ora, pacifico essendo che uno degli appellati (Cesare Pupo) usufruisce dei permessi in questione per sé e non per altro familiare, si dovrebbe concludere che, ai fini del premio di risultato, per tale lavoratore la GTT abbia equiparato l'assenza dal servizio coperta da permesso ad una presenza, in coerenza con la propria tesi, mentre così non è.

Ciò detto, si osserva che l'argomentazione dell'appellante trascura di misurarsi sulla chiara formulazione della normativa che regola la materia - da intendersi qui integralmente

richiamata, siccome già ampiamente trascritta nel provvedimento impugnato e negli atti di parte - che, come già affermato dal Tribunale, vieta di discriminare non una determinata categoria di persone, ma bensì vieta atti di discriminazione a motivo della religione, convinzioni personali, *handicap*, età e orientamento sessuale della persona, ossia, per quanto qui interessa, ciò che è vietato è qualsiasi forma di discriminazione basata su *handicap*, diretta o indiretta.

E' proprio questo e non altro che la sentenza Coleman ha affermato: *“la direttiva 2000/78, che mira, per quanto concerne l’occupazione e le condizioni di lavoro, a stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate sull’handicap, l’età o le tendenze sessuali, si applica non in relazione ad una determinata categoria di persone, bensì sulla scorta dei motivi indicati al suo art. 1”*; *“una volta accertato che un lavoratore che si trovi in una situazione come quella di cui alla causa principale è vittima di una discriminazione diretta fondata sulla disabilità, un’interpretazione della direttiva 2000/78 che ne limiti l’applicazione alle sole persone che siano esse stesse disabili rischierebbe di privare tale direttiva di una parte importante del suo effetto utile e di ridurre la tutela che essa dovrebbe garantire”*.

Di tale pronuncia l’appellante non può giovare poiché in essa si ribadisce chiaramente che anche se la persona oggetto di una discriminazione diretta fondata sulla disabilità non è essa stessa

disabile, *“resta comunque il fatto che è proprio la disabilità a costituire, secondo la sig.ra Coleman, il motivo del trattamento meno favorevole del quale essa afferma essere stata vittima”*; *“il fatto che la direttiva 2000/78 contenga disposizioni volte a tener conto specificamente delle esigenze dei disabili non permette di concludere che il principio della parità di trattamento in essa sancito debba essere interpretato in senso restrittivo, vale a dire nel senso che esso vieterebbe soltanto le discriminazioni dirette fondate sulla disabilità e riguarderebbe esclusivamente le persone che siano esse stesse disabili”*.

Il trattamento meno favorevole del lavoratore abile, rispetto ad altro lavoratore in situazione analoga, per motivi connessi alla disabilità del familiare che il lavoratore assiste, costituisce all'evidenza un vulnus alla tutela garantita alla disabilità.

La stessa Corte di Giustizia UE con la sentenza Coleman/Attridge Law-C-303/06, del 17.7.2008, ha affermato che *“un siffatto trattamento viola il divieto di discriminazione diretta enunciato dall'art. 2, n. 2, lett. a) della Direttiva”* (nel caso esaminato alla lavoratrice, madre di minore disabile, al rientro del congedo per maternità era stata rifiutata la riammissione nel posto di lavoro sino ad allora occupato, nonchè la stessa flessibilità di orario accordata ad altri colleghi genitori di bambini e non disabili).

E' dunque la tesi dell'appellante, in quanto restrittiva, a non essere conforme alla *ratio* di tutela della disabilità che è alla base

della normativa europea di cui alla Direttiva 2000/78, secondo l'interpretazione datane dalla stessa Corte di Giustizia UE, nonché dalla Cassazione (pronunciatasi nei medesimi termini in relazione ad un trasferimento di un lavoratore che assisteva un congiunto portatore di *handicap*, v.Cass. 24015/2017 e Cass. 22421/2015; in fattispecie inerente i permessi ex art.33 L.104/1992, v. Cass.14187/2017 e Cass. 2466/2018).

Ne discende che, così ricondotta la questione di causa nei corretti termini normativi, anche il secondo motivo deve essere disatteso. Il godimento del permesso retribuito ex lege 104/92 di cui usufruisce il “caregiver” non esaurisce la tutela apprestata alla situazione di handicap e il fatto che gli accordi sindacali equiparano le assenze giustificate ex art. 33 L.104/92 a quelle per malattia e infortunio, considerandole entrambe giornate di assenza dal lavoro ai fini del calcolo del premio di risultato, non incide sul *thema decidendum* che è costituito dal differente trattamento erogato agli appellati in quanto basato su *handicap*, non altro.

Non ritiene il Collegio che la sentenza della Corte CEDU del maggio 2018 richiamata dall'appellante (doc. 3) possa condurre ad una diversa soluzione.

Con tale pronuncia è stata rigettata l'istanza di un magistrato donna di vedersi riconosciuta l'indennità giudiziaria speciale durante il congedo di maternità obbligatorio, indennità non prevista dall'art. 3 co.1 L. 27/1981 ed introdotta solo a decorrere

dall'anno 2005, a norma dell'art. 1 co. 325 della legge Finanziaria per il 2005 del 30.12.2014.

L'ipotesi di discriminazione esaminata era fondata sul sesso ed è stata risolta dalla Corte sul rilievo che anche i colleghi uomini in congedo straordinario per diversi motivi, non rendevano la prestazione lavorativa e che l'indennità in parola era collegata all'esercizio effettivo delle funzioni giudiziarie; inoltre, vi era una carenza probatoria circa il reale effetto discriminatorio subito.

Nel caso in esame non può dirsi che il premio di risultato sia imprescindibilmente connesso allo svolgimento dell'attività lavorativa: il parametro per il calcolo è quello della presenza in servizio ma si tratta di emolumento pacificamente finalizzato a dissuadere l'assenteismo (come già affermato dal Tribunale e non contestato dall'appellante), tant'è che con l'accordo 17.12.2014 (doc.5 appellati) alle giornate di presenza sono equiparate le giornate di assenza per donazione sangue, permessi sindacali ove non continuativi.

Con il terzo motivo l'appellante si duole dell'illegittimo intervento manipolativo operato dal Tribunale che oltre a pronunciare la nullità degli accordi in esame ha riconosciuto un diritto di credito in favore degli odierni appellati (Cass. S.U. 4570/1996).

Si rammenta che proprio la sentenza citata, pronunciandosi in merito al principio di parità di trattamento, nell'esaminare le

varie argomentazioni poste dalla giurisprudenza di legittimità a sostegno dell'una o dell'altra tesi, non ha mancato di evidenziare il limite legale che deriva all'autonomia privata dal principio di non discriminazione; tale argomentazione ricorre nei successivi sviluppi giurisprudenziali che hanno ribadito come: *“Nel rapporto di lavoro subordinato di diritto privato, non opera il principio di parità di trattamento, ne' è possibile alcun controllo di ragionevolezza da parte del giudice sugli atti di autonomia, sia collettiva che individuale, sotto il profilo del rispetto delle clausole generali di correttezza e buona fede, che non sono invocabili in caso di eventuale diversità di trattamento non ricadente in alcuna delle ipotesi legali (e tipizzate) di discriminazione vietate.... (Cass.S.U 4570/1996, cfr. anche Cass. S.U. 6030/1993)”* (tra le altre Cass.7752/03).

Ora è evidente che nel caso di specie ricorre il limite legale che deriva dalle discriminazioni vietate, posto che il differente trattamento riservato agli appellati ricade in un'ipotesi tipizzata di discriminazione. Disposta la cessazione della condotta *contra legem*, l'effettività della tutela non può essere disgiunta dal ripristino della situazione che avrebbe dovuto conseguire alla corretta applicazione del principio di non discriminazione, al fine di rimuovere gli effetti pregiudizievoli derivanti dalla condotta censurata, come del resto disposto dall'art.28,co.5, Dlgs 150/2011,norma applicata dal Tribunale e che prevede inoltre la possibilità di una pronuncia risarcitoria a carico del soggetto

responsabile del comportamento discriminatorio. Nel caso in esame la condanna ha ad oggetto differenze retributive che sono state quantificate mediante un mero calcolo matematico, sulla base dei parametri predeterminati dalle parti contrattuali, restando certamente esclusa ogni valutazione personale e/o discrezionale da parte del decidente.

Mette conto poi di considerare che secondo i recenti arresti giurisprudenziali: *“E’ ormai principio assunto a diritto vivente, quello secondo cui l’art. 2 della Costituzione, che entra direttamente nel contratto, in combinato contesto con il canone della buona fede, cui attribuisce vis normativa, consente al giudice di intervenire anche in senso modificativo o integrativo dello statuto negoziale, qualora ciò sia necessario per garantire l’equo contemperamento degli interessi delle parti e prevenire o reprimere l’abuso del diritto”* (S.U.9140/2016).

In definitiva, deve affermarsi che il criterio retributivo in esame penalizza gli appellati che per sé o per familiari disabili usufruiscono dei permessi ex art.33 L.104/1992, rispetto a tutti gli altri lavoratori, e che ciò determina una discriminazione diretta fondata sulla situazione di *handicap*. Dalle argomentazioni esposte, assorbenti ogni ulteriore rilievo, discende il rigetto dell’appello .

Le spese di lite sono regolate dalla soccombenza, secondo la liquidazione fattane in dispositivo, tenuto conto del valore della causa e dell’attività difensiva svolta. Sussistono le condizioni per

l'ulteriore pagamento, a carico dell'appellante, di un importo pari a quello del contributo unificato dovuto per l'impugnazione.

P . Q . M .

Visto l'art. 437 c.p.c. .

respinge l'appello ;

condanna l'appellante a rimborsare agli appellati le spese del presente grado, liquidate in euro 6.615,00 oltre rimborso forfettario, Iva e Cpa;

dichiara la sussistenza delle condizioni per l'ulteriore pagamento, a carico dell'appellante, di un importo pari a quello del contributo unificato dovuto per l'impugnazione.

Così deciso all'udienza del 11.2.2021

IL CONSIGLIERE Est.

Dott.ssa Patrizia Visaggi

IL PRESIDENTE

Dott.Federico Grillo Pasquarelli



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

Composta da:

| | |
|-----------------------------------|------------------|
| Dott. Federico Grillo Pasquarelli | PRESIDENTE |
| Dott.ssa Patrizia Visaggi | CONSIGLIERE Rel. |
| Dott.ssa Silvia Casarino | CONSIGLIERE |

ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

nella causa di lavoro iscritta al n.ro **658 /2021** R.G.L.

promossa da:

CICCARELLO CARMEN PATRIZIA, BERTAGNA WALTER, CANGEMI MARIO, GUARINO GIORGIO, SANTONI LUCA, D'ANGELO ENZO, MONACO VINCENZINA e PALETTO GIOVANNI tutti rappresentati e difesi, in forza di mandato speciale in atti, dagli avvocati Mirella Caffaratti, Luca Pigozzi e Arianna Enrichens, presso il loro studio elettivamente domiciliati in Torino, via Morghen n.28

APPELLANTI

CONTRO

S.p.A. GRUPPO TORINESE TRASPORTI – G.T.T., con sede in Torino, c.so Turati n. 19/6, P.IVA 08559940013, in

persona del procuratore speciale, dott. Gabriele Bonfanti (giusta procura per atto a rogito dott. Enrico Mambretti Notaio in Torino del 23.2.2021 - Rep. n. 203030 e Racc. n. 31353), rappresentata e difesa dagli Avv.ti Diego Dirutigliano e Luca Ropolo, presso i quali è elettivamente domiciliata in Torino, via Mercantini n. 5, per procura in atti

APPELLATA

Oggetto: altre ipotesi

CONCLUSIONI

Per gli appellanti:

Come da ricorso depositato il 9.12.2021

Per l'appellato:

Come da memoria depositata il 1.4.2022

FATTI DI CAUSA

Con separati ricorsi al Tribunale di Torino, successivamente riuniti, Ciccarello Carmen Patrizia e litisconsorti hanno chiamato in giudizio la società Gruppo Torinese Trasporti GTT S.p.A. chiedendo:

- di accertare e dichiarare la natura discriminatoria del comportamento della convenuta consistente nel mancato computo delle assenze dovute a causa di assistenza ai malati portatori di handicap o a causa della propria disabilità (ai sensi dell'art. 33 legge 104/1992), al pari della effettiva presenza in servizio, nella determinazione del premio di risultato;
- di accertare e dichiarare il loro diritto a che tali assenze siano considerate al pari della effettiva presenza in servizio al fine del

computo del premio di risultato, previa ove occorra declaratoria di nullità/illegittimità o previo annullamento degli artt. 3 a) e 3 b) dell'Accordo 21.5.2004, dell'art. 1 lett. a), b) e c), dell'articolo 2 e) e f), dell'articolo 3 lett.a) dell'accordo 11/6/2009, dell'articolo 1 c) dell'accordo 4/10/2012, dell'articolo 5 c) nn. 5 e 6, d) nn. 5 e 6, e) n. 4, f), g) n. 5 e 6 dell'accordo 6/8/2014, degli articoli 3 e 4 dell'accordo 17/12/2014;

- di condannare la convenuta a pagare a ciascun ricorrente le conseguenti differenze retributive sul calcolo del premio di risultato, oltre interessi e rivalutazione monetaria.

Costituitasi in giudizio GTT S.p.A. ha resistito e chiesto il rigetto delle domande.

Con ordinanza pubblicata in data 15.11.2021, il Tribunale ha respinto il ricorso.

Gli originari ricorrenti hanno proposto appello, cui ha resistito GTT S.p.A.

All'udienza di discussione del 13.4.2022, la causa è stata decisa come da separato dispositivo.

RAGIONI DELLA DECISIONE

Il Tribunale - pacifici essendo i fatti di causa, ivi compreso il contenuto degli accordi sindacali denunciati (peraltro richiamati in motivazione) - ha esaminato il quadro normativo che regola la materia (in particolare Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea; Direttiva 2000/78, nonché il D.lgs attuativo n. 216/03), alla luce dell'interpretazione datane dalla giurisprudenza della

Corte di Giustizia (sentenza Coleman-C-303/06) e della Corte di Cassazione, motivando la decisione come di seguito riportato:

-il criterio adottato dalla parti collettive per stabilire l'ammontare del premio di risultato è volto ad incrementare la produttività aziendale, con un sistema ancorato a criteri oggettivi inteso a dissuadere l'assenteismo;

-non sussiste una discriminazione diretta basata sulla disabilità, poiché i ricorrenti che non prestano servizio in giornate coincidenti con la fruizione dei permessi ex lege n. 104/92 (per la propria disabilità o per l'assistenza ad un familiare disabile), sono considerati al pari dei colleghi assenti per altra causa;

-in linea di massima anche gli altri lavoratori assenti subiscono la stessa decurtazione del PdR, trattandosi di un emolumento collegato (nella parte variabile) all'effettivo svolgimento dell'attività lavorativa, per cui il lavoratore con handicap ed il "caregiver sono trattati al pari di quello malato o infortunato (cause che presumibilmente determinano il maggior numero di assenze), trovandosi in situazione non significativamente diversa;

-nel periodo in contestazione (2014 - 2019, con esclusione del 2017), risultano equiparate alla presenza in servizio soltanto le assenze per donazione del sangue ed i permessi sindacali (non i distacchi);

-la donazione gratuita di sangue ed emocomponenti, al pari dello svolgimento di attività sindacale, presenta una dimensione collettiva non riscontrabile nella fruizione dei permessi ex lege 104/92. Il compimento di tali attività, dirette a soddisfare gli

interessi di una pluralità di persone, ne giustifica una maggiore considerazione a livello pattizio e la diversità di trattamento non appare censurabile poiché i ricorrenti si trovano in una situazione non equiparabile a quella del donatore o del rappresentante sindacale;

-neppure sussiste una discriminazione indiretta basata su uno dei motivi di cui all'art.1 della direttiva 2000/78/CE, la disciplina contrattuale penalizza allo stesso modo quasi tutte le assenze, la finalità perseguita è legittima, i mezzi utilizzati appaiono adeguati e non producono effetti pregiudizievoli sproporzionati per i lavoratori portatori di handicap o per quelli che assistono i propri congiunti.

1.

In estrema sintesi, l'appello censura la decisione del Tribunale affermando trattarsi di discriminazione diretta, che il principio di non discriminazione opera oggettivamente in ragione dei fattori di protezione tipici, tra i quali non rientra la malattia, mentre la "dimensione collettiva" riconosciuta dal primo Giudice alla donazione di sangue e allo svolgimento di attività sindacale (motivi delle assenze che la normativa contrattuale equipara alle presenze in servizio), non costituisce parametro giuridicamente corretto ai fini dell'accertamento per cui è causa.

Con riferimento all'ipotesi di discriminazione indiretta, l'appello afferma che GTT s.p.a. non ha assolto all'onere probatorio che compete al datore di lavoro al fine di dimostrare che la disposizione adottata risponde ad un obiettivo legittimo e che i

mezzi impiegati sono appropriati e necessari; si evidenzia inoltre che, come di recente affermato dalla S.C. (v. Cass. 21801/2021), al fine di verificare se una situazione apparentemente neutra risulti invece discriminatoria nei confronti di una categoria protetta soccorre il criterio statistico, nella sentenza impugnata non utilizzato.

L'appellata resiste ed afferma, sulla base delle difese già svolte, che gli accordi sindacali differenziano i lavoratori in ragione dell'effettiva presenza in servizio e che quindi non penalizzano gli appellanti; che l'ipotesi di discriminazione indiretta riguarderebbe solo i disabili e non i "caregiver", come altresì desumibile, a suo dire, dalla sentenza Coleman della Corte di Giustizia che, nell'esaminare una situazione di discriminazione diretta, ha comparato la situazione di due lavoratrici abili, di cui una madre di minore disabile; che il datore del "caregiver" non è tenuto a sostenere oneri economici ulteriori e diversi, da quelli di sopportare la sua assenza dal servizio in coincidenza con le giornate di permesso dedicate a un disabile (che è soggetto terzo rispetto al rapporto di lavoro con il *caregiver*), e che l'equiparazione dell'assenza dal lavoro alla presenza in servizio, come sostenuto dagli appellanti, varrebbe a riconoscere un trattamento di maggior favore al lavoratore assente e una speculare penalizzazione al dipendente che invece ha lavorato.

2.

Per le ragioni di seguito riportate ritiene il Collegio condivisibile l'appello, in continuità con i precedenti di questa Corte aventi ad

oggetto i medesimi accordi sindacali di cui si controverte, in relazione al mancato computo da parte dell'odierna appellante delle assenze dovute a causa di gravidanza, maternità, congedi parentali e permessi per malattia dei figli (sentenza n.937/2017), nonché al mancato computo delle assenze dovute a causa di assistenza ai malati portatori di handicap o a causa della propria disabilità (ai sensi dell'art. 33 legge 104/1992) (sentenza n.91/2021).

In linea di fatto è pacifico che:

- uno degli appellanti (Walter Bertagna) usufruisce dei permessi in questione per sé e non per altro familiare;
- il sistema contrattuale adotta un meccanismo premiale delle presenze in servizio cosicché ad ogni scaglione di assenze corrisponde un'attribuzione percentuale della quota variabile del premio di risultato via via decrescente, l'aumento delle assenze comporta poi il passaggio automatico ad uno scaglione deteriore;
- tale sistema certamente è finalizzato a dissuadere l'assenteismo (premiando i dipendenti che nel corso del periodo di riferimento non siano stati assenti dal lavoro o abbiano effettuato un numero di assenze esiguo) e comporta un abbattimento del premio di risultato per i lavoratori che usufruiscono dei permessi ex L.104/1992, nel caso di specie determinato nell'importo quantificato nei conteggi attorei, rimasto incontestato.

La questione posta è dunque se si possa ritenere legittima o meno detta regolamentazione alla luce del principio di non discriminazione, già affermato dalla Carta di Nizza e ribadito

dalla Direttiva 2000/78 (le cui definizioni sono riprese dal D.Lgs.216/03 senza sostanziali modifiche), secondo il quale è vietata qualsiasi forma di discriminazione diretta o indiretta sulla base di uno dei motivi indicati al suo art. 1 (religione, convinzioni personali, *handicap*, età e orientamento sessuale).

Secondo tale normativa (da intendersi qui integralmente richiamata, siccome già ampiamente trascritta nel provvedimento impugnato e negli atti di parte), si configura una discriminazione diretta quando, per uno dei motivi citati, una persona è trattata in modo meno favorevole di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata una persona in una situazione analoga. La condotta di discriminazione indiretta ricorre invece quando una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri, mettono una persona appartenente ad una delle categorie protette in una posizione di svantaggio rispetto ad altre persone, a meno che :

i) la disposizione, il criterio o la prassi siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il loro conseguimento siano appropriati e necessari; *ii)* nel caso di persone portatrici di un particolare *handicap*, il datore di lavoro o qualsiasi persona o organizzazione a cui si applica la Direttiva sia obbligato dalla legislazione nazionale ad adottare misure adeguate, conformemente ai principi di cui all'articolo 5, per ovviare agli svantaggi provocati dalla disposizione, criterio o prassi.

Come è noto l'ambito di applicazione di tali principi è ampio, in quanto riferibile alle condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro, alla promozione, all'accesso a tutti i tipi e livelli di orientamento e formazione professionale, alle condizioni di lavoro, comprese le condizioni di licenziamento e la retribuzione. Come affermato dagli appellanti la normativa che regola la materia vieta di discriminare non una determinata categoria di persone, ma bensì vieta atti di discriminazione a motivo della religione, delle convinzioni personali, della disabilità, dell'età e dell'orientamento sessuale della persona, ossia, per quanto qui interessa, ciò che è vietato è qualsiasi forma di discriminazione basata su *handicap*..

In altre parole è vietato discriminare non solo i disabili, ma è vietato discriminare chiunque a motivo della disabilità, quindi anche persone non disabili, ma che possono essere discriminate a motivo della disabilità del soggetto che assistono, con il limite che le persone non disabili possono essere protette solo se si trovano in stretto rapporto con il disabile

E' proprio questo e non altro che la sentenza Coleman ha affermato: *“la direttiva 2000/78, che mira, per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro, a stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate sull'handicap, l'età o le tendenze sessuali, si applica non in relazione ad una determinata categoria di persone, bensì sulla scorta dei motivi indicati al suo art. 1”*; *“una volta accertato che un lavoratore che si trovi in una situazione come quella di cui alla causa*

principale è vittima di una discriminazione diretta fondata sulla disabilità, un'interpretazione della direttiva 2000/78 che ne limiti l'applicazione alle sole persone che siano esse stesse disabili rischierebbe di privare tale direttiva di una parte importante del suo effetto utile e di ridurre la tutela che essa dovrebbe garantire”.

Tale pronuncia, richiamata nella sentenza impugnata, non vale a suffragare le argomentazioni dell'appellata poiché in essa si ribadisce chiaramente che anche se la persona oggetto di una discriminazione diretta fondata sulla disabilità non è essa stessa disabile, *“resta comunque il fatto che è proprio la disabilità a costituire, secondo la sig.ra Coleman, il motivo del trattamento meno favorevole del quale essa afferma essere stata vittima”*; *“il fatto che la direttiva 2000/78 contenga disposizioni volte a tener conto specificamente delle esigenze dei disabili non permette di concludere che il principio della parità di trattamento in essa sancito debba essere interpretato in senso restrittivo, vale a dire nel senso che esso vieterebbe soltanto le discriminazioni dirette fondate sulla disabilità e riguarderebbe esclusivamente le persone che siano esse stesse disabili”.*

Il trattamento meno favorevole del lavoratore abile, rispetto ad altro lavoratore in situazione analoga, per motivi connessi alla disabilità del familiare che il lavoratore assiste, costituisce all'evidenza un vulnus alla tutela garantita alla disabilità.

La Corte di Giustizia UE con la sentenza Coleman/Attridge Law-C-303/06, del 17.7.2008 è stata esplicita nell'affermare che

“un siffatto trattamento viola il divieto di discriminazione diretta enunciato dall’art. 2, n. 2, lett. a) della Direttiva” (nel caso esaminato alla lavoratrice, madre di minore disabile, al rientro del congedo per maternità era stata rifiutata la riammissione nel posto di lavoro sino ad allora occupato, nonché la stessa flessibilità di orario accordata ad altri colleghi genitori di bambini non disabili).

La tesi sostenuta dagli appellanti è dunque conforme alla *ratio* della tutela della disabilità che è alla base della normativa europea di cui alla Direttiva 2000/78, secondo l’interpretazione datane dalla stessa Corte di Giustizia UE, nonché dalla Cassazione (pronunciatasi nei medesimi termini in relazione ad un trasferimento di un lavoratore che assisteva un congiunto portatore di *handicap*, v. Cass. 24015/2017 e Cass. 22421/2015; in fattispecie inerente i permessi ex art.33 L.104/1992, v. Cass.14187/2017 e Cass. 2466/2018).

Ora se è pacifico che il PdR costituisce un trattamento economico aggiuntivo, finalizzato a contrastare e disincentivare l’assenteismo, tuttavia non può dirsi che detto premio sia imprescindibilmente connesso allo svolgimento dell’attività lavorativa atteso che il parametro per il calcolo è quello della presenza in servizio (senza che sia richiesto il raggiungimento di specifici obiettivi e/o risultati), tant’è che con l’accordo 17.12.2014 (doc.5 appellanti) alle giornate di presenza sono equiparate le giornate di assenza per donazione sangue, permessi sindacali ove non continuativi.

Posto che la normativa contrattuale esclude da detta equiparazione i fruitori di permessi ex L.104/1992, non diversamente da quanto avviene per i lavoratori assenti per malattia o infortunio, ciò che occorre verificare, al fine di stabilire la sussistenza di una fattispecie di discriminazione diretta, è se il criterio in questione possa risultare imprescindibilmente legato alla disabilità dando luogo ad un trattamento sfavorevole fondato sulla disabilità.

La risposta non può che essere positiva atteso che la mancata equiparazione dell'assenza alla presenza in servizio per i lavoratori che fruiscono dei permessi ex L.104/1992 opera, indubitabilmente, in funzione della disabilità (indefettibile presupposto di tali permessi), così realizzando una forma di discriminazione diretta, in quanto fondata sulla disabilità.

Così ricondotta la questione di causa nei corretti termini normativi, ogni altra considerazione circa la “*dimensione collettiva*” (nella sentenza impugnata riferita alle assenze motivate per lo svolgimento di attività sindacale o per donazione del sangue, in quanto “*attività dirette a soddisfare gli interessi di una pluralità di persone dimensione collettiva non riscontrabile nella fruizione dei permessi ex lege 104/92*”) non incide sul *thema decidendum*, che è costituito dal differente trattamento erogato agli appellanti in quanto basato su *handicap*, non altro, così come non rileva che i fruitori dei permessi in questione siano penalizzati non diversamente dai lavoratori assenti per malattia o infortunio.

La malattia o l'infortunio non ricade in uno dei fattori tipici di protezione di cui all'art.1 della Direttiva 2000/78 ed, inoltre, secondo l'interpretazione della Corte di Giustizia UE, è da escludersi un'assimilazione pura e semplice della nozione di «handicap» a quella di «malattia». (v. punto 44 della sentenza dell'11 luglio 2006, Chacón Navas, C-13/05, EU:C:2006:456, nonché sentenza dell'11 aprile 2013, HK Danmark, C-335/11 e C-337/11, EU:C:2013:222, punto 75), così come non è assimilabile una patologia legata ad una disabilità alla nozione generale di malattia e, per altro verso, non può trascurarsi che, in linea di principio, rispetto ad un lavoratore non disabile quello disabile è esposto al rischio ulteriore di assenze dovute a malattie collegate alla sua disabilità. Detto in altri termini, nemmeno si può affermare che la situazione degli odierni appellanti non sia significativamente diversa da quella dei lavoratori assenti per malattia o infortunio.

Quanto poi al significato (non nettamente esplicitato) della “*dimensione collettiva*” - che secondo la sentenza impugnata giustificerebbero l'equiparazione delle assenze, per donazione del sangue e per svolgimento di attività sindacale, alle presenze in servizio, a differenza di quanto previsto per i fruitori di permessi ex L.104/92 - è dato osservare che all'interno dell'azienda i dipendenti che beneficiano di tali permessi sono circa 700 (v. memoria GTT di primo grado, mentre delle altre categorie in questione nessun dato è evidenziato) e non può dubitarsi che la protezione accordata a tali lavoratori

dall'ordinamento, in primo luogo dalla normativa in esame, riposi su interessi di ordine pubblico e di carattere collettivo.

3.

Infine, diversamente da quanto sostenuto dall'appellata, non si ritiene che la sentenza della Corte CEDU del maggio 2018 richiamata dall'appellata (doc.16) possa condurre ad una soluzione diversa da quella qui condivisa, né che tale conclusione possa dare ingresso ad una discriminazione alla rovescia, contraria a norme imperative, ossia ad un riconoscimento di "un trattamento di maggior favore per chi è assente e una speculare penalizzazione per chi ha lavorato" (come sostenuto dalla difesa di GTT sia in discussione che nella memoria costitutiva, v. pag 24).

Con la sentenza del maggio 2018 è stata rigettata l'istanza di un magistrato donna di vedersi riconosciuta l'indennità giudiziaria speciale durante il congedo di maternità obbligatorio, indennità non prevista dall'art. 3 co.1 L. 27/1981 ed introdotta solo a decorrere dall'anno 2005, a norma dell'art. 1 co. 325 della legge Finanziaria per il 2005 del 30.12.2014.

L'ipotesi di discriminazione esaminata era fondata sul sesso ed è stata risolta dalla Corte sul rilievo che anche i colleghi uomini in congedo straordinario per diversi motivi, non rendevano la prestazione lavorativa e che l'indennità in parola era collegata all'esercizio effettivo delle funzioni giudiziarie ed, inoltre, emergeva una carenza probatoria circa il reale effetto discriminatorio subito.

Si tratta dunque di fattispecie comunque differente da quella in esame ove, lo si ripete, non può dirsi che il PdR sia imprescindibilmente connesso allo svolgimento dell'attività lavorativa.

Quanto alla lamentata discriminazione alla rovescia, non si vede come dal riconoscimento del diritto fatto valere dagli appellanti possa conseguire una speculare penalizzazione della restante platea dei lavoratori, in servizio nelle giornate in cui i primi usufruiscono dei permessi in questione. In ogni caso resta il fatto che, in presenza di un trattamento sfavorevole basato sull'handicap contrario alla tutela prevista dalla Direttiva 2000/78 (nel caso di specie da ritenersi sussistente per le ragioni già esposte), *“il lavoratore disabile che rientri nella tutela dell'offerta da detta direttiva deve essere protetto contro ogni discriminazione rispetto ad un lavoratore che non vi rientri”* (v., in tal senso, sentenza dell'11 aprile 2013, HK Danmark, C-335/11 e C-337/11, EU:C:2013:222, punto 71).

In altre parole, la soluzione qui condivisa, non costituisce affatto una violazione del principio di parità di trattamento ma, al contrario, l'attuazione dello speculare principio di non discriminazione.

Neppure può dolersi l'appellata che dall'accoglimento della domanda avversaria derivi un intervento “manipolativo” del contenuto degli accordi in esame, a suo dire non consentito al Giudice.

Si rammenta che la Cassazione (sentenza S.U. 4570/1996), pronunciandosi in merito al principio di parità di trattamento, nell'esaminare le varie argomentazioni poste dalla giurisprudenza di legittimità a sostegno dell'una o dell'altra tesi, non ha mancato di evidenziare il limite legale che deriva all'autonomia privata dal principio di non discriminazione; tale argomentazione ricorre nei successivi sviluppi giurisprudenziali che hanno ribadito come: *“Nel rapporto di lavoro subordinato di diritto privato, non opera il principio di parità di trattamento, né è possibile alcun controllo di ragionevolezza da parte del giudice sugli atti di autonomia, sia collettiva che individuale, sotto il profilo del rispetto delle clausole generali di correttezza e buona fede, che non sono invocabili in caso di eventuale diversità di trattamento non ricadente in alcuna delle ipotesi legali (e tipizzate) di discriminazione vietate.... (Cass.S.U 4570/1996, cfr. anche Cass. S.U. 6030/1993)”* (tra le altre Cass.7752/03).

Ora è evidente che nel caso di specie ricorre il limite legale che deriva dalle discriminazioni vietate, posto che il differente trattamento riservato agli appellanti ricade in un'ipotesi tipizzata di discriminazione.

Mette conto poi di considerare che secondo i recenti arresti giurisprudenziali: *“E' ormai principio assunto a diritto vivente, quello secondo cui l'art. 2 della Costituzione, che entra direttamente nel contratto, in combinato contesto con il canone della buona fede, cui attribuisce vis normativa, consente al giudice di intervenire anche in senso modificativo o integrativo*

dello statuto negoziale, qualora ciò sia necessario per garantire l'equo contemperamento degli interessi delle parti e prevenire o reprimere l'abuso del diritto” (S.U.9140/2016).

Ora è evidente che nel caso di specie ricorre il limite legale che deriva dalle discriminazioni vietate, posto che il differente trattamento riservato agli appellati ricade in un'ipotesi tipizzata di discriminazione e la normativa contrattuale che la consente è da considerarsi *contra legem*.

La condanna risarcitoria ha ad oggetto differenze retributive che sono state quantificate mediante un mero calcolo matematico, sulla base dei parametri predeterminati dalle parti contrattuali, restando certamente esclusa ogni valutazione personale e/o discrezionale da parte del decidente.

In definitiva, deve affermarsi che il criterio retributivo in esame penalizza gli appellati che per sé o per familiari disabili usufruiscono dei permessi ex art.33 L.104/1992, rispetto a tutti gli altri lavoratori, e che ciò determina una discriminazione diretta fondata sulla situazione di *handicap*.

Dalle argomentazioni esposte, assorbenti ogni ulteriore rilievo, discende l'accoglimento dell'appello.

Le spese del doppio grado sono regolate dalla soccombenza, secondo la liquidazione fattane in dispositivo, tenuto conto del valore della causa e dell'attività difensiva svolta..

P . Q . M .

Visto l'art. 437 c.p.c. .

in accoglimento dell'appello,

dichiara la natura discriminatoria del comportamento della società appellata, consistente nel mancato computo delle assenze dovute a causa di assistenza ai familiari portatori di handicap o a causa della propria condizione di disabilità al pari della effettiva presenza in servizio, nella determinazione del premio di risultato e, per l'effetto, condanna la società appellata a pagare euro 212,80 a Carmen Patrizia Ciccarello, euro 786,60 a Walter Bertagna, euro 553,28 a Mario Cangemi, euro 1.521,52 a Giorgio Guarino, euro 798,00 a Luca Santoni, euro 79,80 a Enzo D'Angelo, euro 746,70 a Vincenzina Monaco ed euro 393,30 a Giovanni Paletto, oltre interessi e rivalutazione dalle singole scadenze al saldo;

condanna l'appellata a rimborsare agli appellanti le spese di entrambi i gradi, liquidate per il primo in euro 5.000,00 e per il presente grado in euro 5.673,00 oltre rimborso forfettario, Iva e Cpa.

Così deciso all'udienza del 13.4.2022

CONSIGLIERE Est.

Dott.ssa Patrizia Visaggi

PRESIDENTE

Dott.Federico Grillo Pasquarelli

SENTENZA DELLA CORTE (Quarta Sezione)

4 luglio 2013 (*)

«Inadempimento di uno Stato – Direttiva 2000/78/CE – Articolo 5 – Istituzione di un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro – Disabili – Provvedimenti di trasposizione insufficienti»

Nella causa C-312/11,

avente ad oggetto il ricorso per inadempimento, ai sensi dell'articolo 258 TFUE, proposto il 20 giugno 2011,

Commissione europea, rappresentata da J. Enegren e C. Cattabriga, in qualità di agenti, con domicilio eletto in Lussemburgo,

ricorrente,

contro

Repubblica italiana, rappresentata da G. Palmieri, in qualità di agente, assistita da C. Gerardis, avvocato dello Stato, con domicilio eletto in Lussemburgo,

convenuta,

LA CORTE (Quarta Sezione),

composta da L. Bay Larsen, facente funzione di presidente della Quarta Sezione, J.-C. Bonichot, C. Toader, A. Prechal e E. Jarašiūnas (relatore), giudici,

avvocato generale: Y. Bot

cancelliere: A. Calot Escobar

vista la fase scritta del procedimento,

vista la decisione, adottata dopo aver sentito l'avvocato generale, di giudicare la causa senza conclusioni,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

- 1 Con il suo ricorso la Commissione europea chiede alla Corte di dichiarare che la Repubblica italiana, non imponendo a tutti i datori di lavoro di prevedere soluzioni ragionevoli applicabili a tutti i disabili, è venuta meno al suo obbligo di recepire correttamente e completamente l'articolo 5 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 (GU L 303, pag. 16).

Contesto normativo

Il diritto internazionale

2 La convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, che è stata approvata a nome della Comunità europea dalla decisione 2010/48/CE del Consiglio, del 26 novembre 2009 (GU 2010, L 23, pag. 35; in prosieguo: la «convenzione dell'ONU»), al considerando e) statuisce quanto segue:

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

3 Ai sensi dell'articolo 1 di tale convenzione:

«Scopo della presente Convenzione è promuovere, proteggere e garantire il pieno ed uguale godimento di tutti i diritti umani e di tutte le libertà fondamentali da parte delle persone con disabilità e promuovere il rispetto per la loro intrinseca dignità.

Per persone con disabilità si intendono 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 base di uguaglianza con gli altri».

4 Ai sensi dell'articolo 2, quarto comma, di tale convenzione «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 o l'esercizio, su base di uguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali».

Il diritto dell'Unione

5 I considerando 11, 16, 17, 20 e 21 della direttiva 2000/78 sono così redatti:

«(11) La discriminazione basata su religione o convinzioni personali, handicap, età o tendenze sessuali può pregiudicare il conseguimento degli obiettivi del trattato CE, in particolare il raggiungimento di un elevato livello di occupazione e di protezione sociale, il miglioramento del tenore e della qualità della vita, la coesione economica e sociale, la solidarietà e la libera circolazione delle persone.

(...)

(16) La messa a punto di misure per tener conto dei bisogni dei disabili sul luogo di lavoro ha un ruolo importante nel combattere la discriminazione basata sull'handicap.

(17) La presente direttiva non prescrive l'assunzione, la promozione o il mantenimento dell'occupazione né prevede la formazione di un individuo non competente, non capace o non disponibile ad effettuare le funzioni essenziali del lavoro in questione, fermo restando l'obbligo di prevedere una soluzione appropriata per i disabili.

(...)

(20) 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.

(21) Per determinare se le misure in questione danno luogo a oneri finanziari sproporzionati, è necessario tener conto in particolare dei costi finanziari o di altro tipo che esse comportano, delle dimensioni e delle risorse finanziarie dell'organizzazione o dell'impresa e della possibilità di ottenere fondi pubblici o altre sovvenzioni».

6 L'articolo 1 della direttiva 2000/78 è del seguente tenore:

«La presente direttiva mira a stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate sulla religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali, per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro al fine di rendere effettivo negli Stati membri il principio della parità di trattamento».

7 Ai sensi dell'articolo 2 di tale direttiva, intitolato «Nozione di discriminazione»:

«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.

(...».

8 L'articolo 3 della direttiva 2000/78 circoscrive l'ambito di applicazione della stessa nel modo seguente:

«1. Nei limiti dei poteri conferiti alla Comunità, la presente direttiva si applica a tutte le persone, sia del settore pubblico che del settore privato, compresi gli organismi di diritto pubblico, per quanto attiene:

(...)

- c) all'occupazione e alle condizioni di lavoro, comprese le condizioni di licenziamento e la retribuzione;

(...».

9 L'articolo 5 della direttiva in parola recita:

«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».

10 L'articolo 3 della legge n. 104 - Legge quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate, del 5 febbraio 1992 (Supplemento ordinario alla GURI n. 39 del 17 febbraio 1992; in prosieguo: la «legge n. 104/1992»), prevede quanto segue:

«1. È 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 tale da determinare un processo di svantaggio sociale o di emarginazione.

2. La persona handicappata ha diritto alle prestazioni stabilite in suo favore in relazione alla natura e alla consistenza della minorazione, alla capacità complessiva individuale residua e alla efficacia delle terapie riabilitative.

(...)».

11 L'articolo 8 di tale legge prevede come metodi di inserimento e di integrazione sociale della persona handicappata «misure atte a favorire la piena integrazione nel mondo del lavoro, in forma individuale o associata, e la tutela del posto di lavoro anche attraverso incentivi diversificati».

12 Ai sensi dell'articolo 17, commi 1 e 5, della succitata legge:

«1. Le regioni (...) realizzano l'inserimento della persona handicappata negli ordinari corsi di formazione professionale dei centri pubblici e privati e garantiscono agli allievi handicappati che non siano in grado di avvalersi dei metodi di apprendimento ordinari l'acquisizione di una qualifica (...). A tal fine forniscono ai centri [di formazione professionale] i sussidi e le attrezzature necessarie.

(...)

5. (...) [U]na quota del fondo comune (...) è destinata ad iniziative di formazione e di avviamento al lavoro in forme sperimentali, quali tirocini, contratti di formazione, iniziative territoriali di lavoro guidato, corsi prelaborativi (...)».

13 L'articolo 18 della legge n. 104/1992 così recita:

«1. Le regioni, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, disciplinano l'istituzione e la tenuta dell'albo regionale degli enti, istituzioni, cooperative sociali, di lavoro, di servizi, e dei centri di lavoro guidato, associazioni ed organizzazioni di volontariato che svolgono attività idonee a favorire l'inserimento e l'integrazione lavorativa di persone handicappate.

(...)

4. I rapporti dei comuni, dei consorzi tra comuni e tra comuni e province, delle comunità montane e delle unità sanitarie locali con gli organismi di cui al comma 1 sono regolati da convenzioni conformi allo schema tipo (...).

(...)

6. Le regioni possono provvedere con proprie leggi:

a) a disciplinare le agevolazioni alle singole persone handicappate per recarsi al posto di lavoro e per l'avvio e lo svolgimento di attività lavorative autonome;

b) a disciplinare gli incentivi, le agevolazioni e i contributi ai datori di lavoro anche ai fini dell'adattamento del posto di lavoro per l'assunzione delle persone handicappate».

14 L'articolo 20, comma 1, della legge n. 104/1992 così dispone:

«La persona handicappata sostiene le prove d'esame nei concorsi pubblici e per l'abilitazione alle professioni con l'uso degli ausili necessari e nei tempi aggiuntivi eventualmente necessari in relazione allo specifico handicap».

15 L'articolo 4, commi 1 e 2, della legge n. 381 - Disciplina delle cooperative sociali, dell'8 novembre 1991 (GURI n. 283 del 3 dicembre 1991, pag. 3; in prosieguo: la «legge n. 381/1991»), prevede quanto segue:

«1. Nelle cooperative (...) si considerano persone svantaggiate gli invalidi fisici, psichici e sensoriali (...).

2. Le persone svantaggiate (...) devono costituire almeno il trenta per cento dei lavoratori della cooperativa e, compatibilmente con il loro stato soggettivo, essere socie della cooperativa stessa (...).

16 La legge n. 68 - Norme per il diritto al lavoro dei disabili, del 12 marzo 1999 (Supplemento ordinario alla GURI n. 68 del 23 marzo 1999; in prosieguo: la «legge n. 68/1999»), riguarda il trattamento dei disabili sul lavoro. L'articolo 1, commi 1 e 7, della predetta legge dispone quanto segue:

«1. La presente legge ha come finalità la promozione dell'inserimento e della integrazione lavorativa delle persone disabili nel mondo del lavoro attraverso servizi di sostegno e di collocamento mirato. Essa si applica:

a) alle persone in età lavorativa affette da minorazioni fisiche, psichiche o sensoriali e ai portatori di handicap intellettuale, che comportino una riduzione della capacità lavorativa superiore al 45 per cento, accertata dalle competenti commissioni per il riconoscimento dell'invalidità civile in conformità alla tabella indicativa delle percentuali di invalidità per minorazioni e malattie invalidanti approvata (...) sulla base della classificazione internazionale delle menomazioni elaborata dalla Organizzazione mondiale della sanità;

b) alle persone invalide del lavoro con un grado di invalidità superiore al 33 per cento (...);

c) alle persone non vedenti o sordomute (...);

d) alle persone invalide di guerra, invalide civili di guerra e invalide per servizio (...).

(...)

7. I datori di lavoro, pubblici e privati, sono tenuti a garantire la conservazione del posto di lavoro a quei soggetti che, non essendo disabili al momento dell'assunzione, abbiano acquisito per infortunio sul lavoro o malattia professionale eventuali disabilità».

17 Ai sensi dell'articolo 2 di detta legge, per «collocamento mirato dei disabili» si intende:

«(...) quella serie di strumenti tecnici e di supporto che permettono di valutare adeguatamente le persone con disabilità nelle loro capacità lavorative e di inserirle nel posto adatto, attraverso analisi di posti di lavoro, forme di sostegno, azioni positive e soluzioni dei problemi connessi con gli ambienti, gli strumenti e le relazioni interpersonali sui luoghi quotidiani di lavoro e di relazione».

18 L'articolo 3 della medesima legge, riguardante le assunzioni obbligatorie e le quote di riserva, così recita:

«1. I datori di lavoro pubblici e privati sono tenuti ad avere alle loro dipendenze lavoratori appartenenti alle categorie di cui all'articolo 1 nella seguente misura:

a) sette per cento dei lavoratori occupati, se occupano più di 50 dipendenti;

b) due lavoratori, se occupano da 36 a 50 dipendenti;

c) un lavoratore, se occupano da 15 a 35 dipendenti

2. Per i datori di lavoro privati che occupano da 15 a 35 dipendenti l'obbligo di cui al comma 1 si applica solo in caso di nuove assunzioni.

3. Per i partiti politici, le organizzazioni sindacali e le organizzazioni che, senza scopo di lucro, operano nel campo della solidarietà sociale, dell'assistenza e della riabilitazione, la quota di riserva si computa esclusivamente con riferimento al personale tecnico-esecutivo e svolgente funzioni amministrative e l'obbligo di cui al comma 1 insorge solo in caso di nuova assunzione.

4. Per i servizi di polizia, della protezione civile, il collocamento dei disabili è previsto nei soli servizi amministrativi.

(...)

6. Agli enti pubblici economici si applica la disciplina prevista per i datori di lavoro privati.

(...)».

19 L'articolo 7, comma 1, della legge n. 68/1999 così dispone:

«Ai fini dell'adempimento dell'obbligo previsto dall'articolo 3 i datori di lavoro assumono i lavoratori facendone richiesta di avviamento agli uffici competenti ovvero attraverso la stipula di convenzioni ai sensi dell'articolo 11 (...)».

20 L'articolo 10, commi 2 e 3, di tale legge prevede quanto segue:

«2. Il datore di lavoro non può chiedere al disabile una prestazione non compatibile con le sue minorazioni.

3. Nel caso di aggravamento delle condizioni di salute o di significative variazioni dell'organizzazione del lavoro, il disabile può chiedere che venga accertata la compatibilità delle mansioni a lui affidate con il proprio stato di salute. Nelle medesime ipotesi il datore di lavoro può chiedere che vengano accertate le condizioni di salute del disabile per verificare se, a causa delle sue minorazioni, possa continuare ad essere utilizzato presso l'azienda. Qualora si riscontri una condizione di aggravamento (...) incompatibile con la prosecuzione dell'attività lavorativa, o tale incompatibilità sia accertata con riferimento alla variazione dell'organizzazione del lavoro, il disabile ha diritto alla sospensione non retribuita del rapporto di lavoro fino a che l'incompatibilità persista. Durante tale periodo il lavoratore può essere impiegato in tirocinio formativo (...)».

21 In forza dell'articolo 11, comma 1, della medesima legge,

«Al fine di favorire l'inserimento lavorativo dei disabili, gli uffici competenti (...) possono stipulare con il datore di lavoro convenzioni aventi ad oggetto la determinazione di un programma mirante al conseguimento degli obiettivi occupazionali di cui alla presente legge».

22 Gli articoli 13 e 14 della legge n. 68/1999 prevedono, rispettivamente, agevolazioni per i datori di lavoro che assumono talune categorie di disabili nell'ambito delle convenzioni descritte all'articolo 11 di tale legge e la creazione di un fondo regionale per l'occupazione dei disabili destinato al finanziamento dei programmi regionali d'inserimento lavorativo e dei relativi servizi.

23 Il decreto legislativo n. 81 – Attuazione dell'articolo 1 della legge 3 agosto 2007, n. 123, in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro, del 9 aprile 2008 (Supplemento ordinario alla GURI n. 101 del 30 aprile 2008; in prosieguo: il «decreto legislativo n. 81/2008»), al suo articolo 42, riguardante l'adeguamento delle mansioni alla condizione della persona interessata, dispone quanto segue:

«1. Il datore di lavoro (...) attua le misure indicate dal medico competente e qualora le stesse prevedano un'inidoneità alla mansione specifica adibisce il lavoratore, ove possibile, a mansioni equivalenti o, in difetto, a mansioni inferiori garantendo il trattamento corrispondente alle mansioni di provenienza.

(...)».

Procedimento precontenzioso

- 24 Il 15 dicembre 2006 la Commissione inviava alla Repubblica italiana una lettera di diffida in cui comunicava a tale Stato membro le lacune rilevate nella trasposizione della direttiva 2000/78, assegnandogli un termine di due mesi per presentare osservazioni.
- 25 Nelle sue lettere di risposta del 16 febbraio 2007 e del 16 e 18 giugno 2008 la Repubblica italiana ammetteva talune delle lacune rilevate nella lettera di diffida e annunciava l'adozione di provvedimenti per porvi rimedio. Tuttavia, essa contestava le censure riguardanti la trasposizione dell'articolo 5 della direttiva 2000/78, facendo valere che la Commissione non aveva tenuto sufficientemente conto delle soluzioni previste in favore dei disabili nella legge n. 68/1999.
- 26 Il 29 ottobre 2009 la Commissione, non completamente soddisfatta di tali risposte, emetteva un parere motivato riconfermando le sue censure in merito all'attuazione del principio della parità di trattamento in materia di occupazione previsto, a favore dei disabili, dall'articolo 5 della direttiva 2000/78.
- 27 La Repubblica italiana rispondeva al parere motivato con una nota del 13 gennaio 2010 in cui ribadiva la sua posizione.
- 28 In tale contesto la Commissione proponeva il ricorso in esame.

Sul ricorso

Argomenti delle parti

- 29 Nell'atto introduttivo del suo ricorso la Commissione espone che la direttiva 2000/78 è stata recepita in Italia, in termini generali, con il decreto legislativo n. 216 - Attuazione della direttiva 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, del 9 luglio 2003 (GURI n. 187 del 13 agosto 2003, pag. 4; in prosieguo: il «decreto legislativo n. 216/2003»). Tale decreto legislativo non conterrebbe tuttavia tutte le misure di applicazione della direttiva in questione e, in particolare, quelle relative all'articolo 5 della stessa. Le disposizioni concernenti il trattamento delle persone disabili in materia di occupazione figurerebbero infatti nella legge n. 68/1999.
- 30 A parere della Commissione nella legislazione italiana non esiste alcuna disposizione che recepisca l'obbligo generale previsto dall'articolo 5 della direttiva 2000/78.
- 31 Pur ammettendo che le disposizioni della legge n. 68/1999, sotto taluni profili, offrono garanzie ed agevolazioni persino superiori a quelle prescritte dall'articolo 5 della direttiva 2000/78, la Commissione osserva tuttavia che tali garanzie ed agevolazioni non concernono tutti i disabili, non gravano su tutti i datori di lavoro e non riguardano neppure tutti i diversi aspetti del rapporto di lavoro.
- 32 La Commissione rileva anzitutto che la legge n. 68/1999 si applica solo ad alcune tipologie di disabili ivi identificate.
- 33 Inoltre, la Commissione sostiene che numerose disposizioni contenute nella legge n. 68/1999 riguardano solo talune categorie di imprese e, quindi, di datori di lavoro.
- 34 Infine, la Commissione considera che tale legge non indica soluzioni ragionevoli a favore dei disabili in relazione a tutti i diversi aspetti del rapporto di lavoro.
- 35 D'altra parte, l'attuazione delle soluzioni previste dalla legge n. 68/1999 sarebbe affidata all'adozione di ulteriori provvedimenti da parte delle autorità locali o alla conclusione di apposite convenzioni tra queste e i datori di lavoro e non conferirebbe quindi ai disabili diritti invocabili direttamente in giudizio.
- 36 La Repubblica italiana chiede il rigetto del ricorso. Nel suo controricorso essa afferma che la Commissione non ha effettuato un esame completo della legislazione nazionale e regionale in vigore in materia di tutela dei disabili, limitandosi ad affermare genericamente che le garanzie della legge

n. 68/1999 non concernono tutti i disabili e tutti i datori di lavoro, mentre la legislazione italiana in materia è particolarmente avanzata e non è di competenza esclusiva dello Stato.

- 37 A tale proposito, essa cita, oltre alla legge n. 68/1999, le leggi n. 104/1992 e n. 381/1991, il decreto legislativo n. 81/2008 nonché il decreto del Presidente della Repubblica n. 333 - Regolamento di esecuzione per l'attuazione della legge 12 marzo 1999, n. 68, recante norme per il diritto al lavoro dei disabili, del 10 ottobre 2000 (GURI n. 270 del 18 novembre 2000, pag. 2; in prosieguo: il «decreto n. 333/2000»). Inoltre, esisterebbero leggi regionali volte a disciplinare, in applicazione della legge n. 104/1992, l'istituzione e la tenuta dell'albo regionale degli enti che svolgono attività idonee a favorire l'inserimento e l'integrazione lavorativa delle persone disabili.
- 38 In primo luogo, per quanto riguarda la censura della Commissione secondo cui la legislazione italiana si applicherebbe solo a talune categorie di disabili, la Repubblica italiana fa osservare che la Commissione non esplica in alcun modo il concetto uniforme di «handicap» che tutti gli Stati membri dovrebbero tenere in considerazione e che né la direttiva 2000/78 né la giurisprudenza della Corte forniscono una definizione di disabilità o di handicap che abbia un contenuto concreto e specifico.
- 39 Secondo la Repubblica italiana, la sentenza dell'11 luglio 2006, Chacón Navas (C-13/05, Racc. pag. I-6467), citata dalla Commissione nel suo ricorso, contiene una definizione di handicap sufficientemente generica da consentirne un adattamento secondo i principi di adeguatezza e di proporzionalità insiti nell'articolo 5 della direttiva 2000/78. Tale articolo preciserebbe che le forme di tutela devono essere predisposte in funzione delle esigenze delle situazioni concrete e cioè a seconda del livello di gravità dell'handicap. Di conseguenza, si richiederebbe agli Stati membri di prevedere, nelle loro legislazioni nazionali, forme di tutela dei disabili con riferimento al livello del limite derivante da minorazioni fisiche, mentali o psichiche alla partecipazione della persona alla vita professionale.
- 40 La Repubblica italiana considera che la legge n. 104/1992 fornisce un concetto di disabilità pienamente conforme a quello scaturito dalla normativa dell'Unione, nonché un concetto di adeguatezza e proporzionalità delle misure da adottare alla gravità dell'handicap che si ritrova testualmente nell'articolo 5 della direttiva 2000/78.
- 41 Per quanto riguarda la legge n. 68/1999, la cui applicazione sarebbe limitata a talune categorie di disabili, la Repubblica italiana afferma che tali categorie sono definite non in base ad un criterio proprio del legislatore italiano, ma sulla base di un rinvio alla classificazione internazionale delle menomazioni elaborata dall'Organizzazione mondiale della sanità.
- 42 Sul punto, essa osserva che il concetto di «handicap» non è esclusivamente giuridico e proprio del diritto dell'Unione, ma costituisce un concetto di natura scientifica e sociale di portata mondiale, assunto come criterio unico dalla legislazione italiana per l'elaborazione delle tabelle percentuali di invalidità contenute nella legge n. 68/1999. Tali tabelle percentuali, utilizzate per qualificare le disabilità in relazione all'attività lavorativa esercitata, costituirebbero un punto di riferimento obiettivo, conforme al principio di proporzionalità stabilito dall'articolo 5 della direttiva 2000/78, che ha consentito l'adozione di misure agevolative diverse e più o meno intense a seconda del grado di disabilità e di gravità dell'handicap, che giungono fino all'assunzione obbligatoria per le persone il cui livello di handicap sia superiore ad una determinata percentuale.
- 43 La legge n. 104/1992, a sua volta, disciplinerebbe con disposizioni immediatamente operative, di natura dettagliata e concreta, l'integrazione sociale di qualsiasi disabile e le modalità di attuazione di tale integrazione, la formazione professionale e l'inserimento professionale. Tale legge si applicherebbe a tutti i disabili e a tutti i datori di lavoro.
- 44 In secondo luogo, in merito alla censura secondo cui le disposizioni della legge n. 68/1999 riguarderebbero solo taluni datori di lavoro, la Repubblica italiana ammette che tale legge si applica esclusivamente alle imprese aventi almeno quindici dipendenti, imponendo loro l'assunzione obbligatoria di persone aventi una determinata percentuale di handicap. Essa considera che l'esistenza di tale limite all'applicazione della suddetta legge sia tuttavia giustificata poiché, per assumere un disabile, è necessario che il datore di lavoro abbia determinate caratteristiche dimensionali e operative. Tale limite sarebbe conforme al principio di proporzionalità.

- 45 Ciò non significherebbe però che le imprese con meno di quindici dipendenti non siano assoggettate a norme particolari destinate a eliminare le disparità di trattamento collegate alla disabilità.
- 46 In terzo luogo, per quanto riguarda la censura della Commissione relativa all'assenza di soluzioni ragionevoli in favore dei disabili riguardo a tutti gli aspetti del rapporto di lavoro, la Repubblica italiana afferma che la legge n. 68/1999 prevede convenzioni di inserimento lavorativo. Esse sarebbero concluse tra il datore di lavoro e il servizio provinciale per i disabili territorialmente competente e indicherebbero i tempi e le modalità di assunzione. Potrebbero essere stipulate anche convenzioni con i datori di lavoro non soggetti agli obblighi previsti dalla legge n. 68/1999.
- 47 Inoltre, la Repubblica italiana sottolinea che i servizi competenti possono concedere ai datori di lavoro privati taluni incentivi, cioè un contributo corrispondente ad una determinata percentuale del costo salariale del lavoratore disabile e il rimborso forfettario parziale delle spese necessarie alla trasformazione del posto di lavoro. Tali incentivi potrebbero essere estesi anche ai datori di lavoro privati che, pur non essendo soggetti agli obblighi previsti dalla legge n. 68/1999, procedono all'assunzione a tempo indeterminato di persone disabili.
- 48 La Repubblica italiana aggiunge che le regioni svolgono una politica attiva per l'inserimento lavorativo e la formazione professionale dei disabili.
- 49 In merito alle soluzioni in favore dei disabili, la Repubblica italiana sostiene che il decreto legislativo n. 81/2008, applicabile a tutti i disabili, prevede l'adeguamento delle mansioni alla condizione dell'interessato. A tale proposito, essa fa riferimento anche alla legge n. 381/1991, che disciplina il funzionamento delle cooperative sociali finalizzate all'inserimento lavorativo dei disabili all'interno di tali cooperative.
- 50 D'altra parte, secondo la Repubblica italiana, è priva di fondamento l'affermazione della Commissione secondo cui i disabili non potrebbero far valere direttamente dinanzi ad un giudice i diritti che la legislazione italiana attribuisce loro. Il decreto legislativo n. 216/2003 avrebbe infatti previsto una tutela giurisdizionale, sul piano civile, del principio di parità di trattamento, senza distinzione in funzione della gravità dell'handicap. Sul piano del diritto pubblico, il decreto n. 333/2000 prevederebbe un sistema sanzionatorio a vari livelli in caso di inottemperanza agli obblighi previsti dalla legge n. 68/1999.
- 51 La Commissione afferma nella sua memoria di replica che la Repubblica italiana, nel corso del procedimento precontenzioso, non ha mai menzionato l'esistenza nel suo ordinamento giuridico nazionale di disposizioni diverse da quelle contenute nella legge n. 68/1999 e tali da integrare le misure da questa previste. Nella sua corrispondenza, la convenuta avrebbe sempre sostenuto come le disposizioni della legge n. 68/1999 fossero del tutto sufficienti ad assicurare la piena attuazione dell'articolo 5 della direttiva 2000/78.
- 52 La Commissione ritiene, al contrario, che le disposizioni citate dalla Repubblica italiana non possano essere considerate, neppure se prese nel loro insieme, misure sufficienti di attuazione dell'articolo 5 della direttiva 2000/78 e che, pertanto, non rimettano in discussione la fondatezza delle censure formulate nella presente causa.
- 53 In definitiva, la Commissione considera che il sistema italiano di promozione dell'integrazione lavorativa dei disabili è essenzialmente fondato su un insieme di incentivi, agevolazioni e iniziative a carico delle autorità pubbliche e riposa solo in minima parte su obblighi imposti ai datori di lavoro. Orbene, l'articolo 5 della direttiva 2000/78, letto alla luce dei considerando 20 e 21, introdurrebbe un sistema di obblighi a carico dei datori di lavoro, che non possono essere sostituiti da incentivi e aiuti forniti dalle autorità pubbliche.
- 54 Nella controreplica la Repubblica italiana critica la Commissione per aver interpretato troppo letteralmente l'articolo 5 della direttiva 2000/78, con un'impostazione essenzialmente difforme da quella contenuta nell'atto introduttivo del ricorso di tale istituzione e più radicale ed estesa di quella che potrebbe desumersi dalla mera lettura delle parole utilizzate in tale articolo e da un'impostazione ragionevole e proporzionata.

55 D'altra parte, la Repubblica italiana considera che non vi è nulla nel testo della direttiva 2000/78 che giustifichi la posizione della Commissione secondo cui l'unica modalità accettabile ed idonea a dare applicazione all'articolo 5 di tale direttiva sarebbe l'imposizione di obblighi a carico dei datori di lavoro nei confronti di tutti i lavoratori disabili, e non quella consistente nell'organizzare un sistema pubblico e privato atto ad affiancare il datore di lavoro e il disabile.

Giudizio della Corte

56 Per quanto riguarda la censura della Commissione secondo cui la legislazione italiana si applicherebbe solo a taluni disabili, occorre rammentare che, se è vero che la nozione di «handicap» non è definita nella stessa direttiva 2000/78, la Corte ha tuttavia già dichiarato, ai punti 38 e 39 della sentenza dell'11 aprile 2013, HK Danmark (C-335/11 e C-337/11, non ancora pubblicata nella Raccolta), che, alla luce della Convenzione dell'ONU, tale nozione deve essere intesa nel senso che si riferisce ad una limitazione risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche durature che, in interazione con barriere di diversa natura, possono ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori.

57 Di conseguenza, l'espressione «disabile» utilizzata nell'articolo 5 della direttiva 2000/78 deve essere interpretata come comprendente tutte le persone affette da una disabilità corrispondente alla definizione enunciata nel punto precedente.

58 Per quanto riguarda poi la censura della Commissione secondo cui la legislazione italiana non rispetterebbe l'obbligo di prevedere «soluzioni ragionevoli» nel senso di tale articolo 5, occorre rammentare che, in conformità dell'articolo 2, quarto comma, della Convenzione dell'ONU, gli «accomodamenti ragionevoli» sono «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». Ne consegue che tale disposizione contempla un'ampia definizione della nozione di «accomodamenti ragionevoli» (sentenza HK Danmark, cit., punto 53).

59 In tal senso, per quanto riguarda la direttiva 2000/78, la Corte ha giudicato, al punto 54 della citata sentenza HK Danmark, che tale concetto deve essere inteso nel senso che si riferisce all'eliminazione delle barriere di diversa natura che ostacolano la piena ed effettiva partecipazione delle persone disabili alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori.

60 Dal testo dell'articolo 5 della direttiva 2000/78, letto in combinato disposto con i considerando 20 e 21, risulta che gli Stati membri devono stabilire nella loro legislazione un obbligo per i datori di lavoro di adottare provvedimenti appropriati, cioè provvedimenti efficaci e pratici, ad esempio sistemando i locali, adattando le attrezzature, i ritmi di lavoro o la ripartizione dei compiti in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, per consentire ai disabili di accedere ad un lavoro, di svolgerlo, di avere una promozione o di ricevere una formazione, senza imporre al datore di lavoro un onere sproporzionato. Tali provvedimenti, come ha giudicato la Corte al punto 64 della citata sentenza HK Danmark, possono anche consistere in una riduzione dell'orario di lavoro.

61 Occorre sottolineare che l'obbligo imposto dall'articolo 5 della direttiva 2000/78 di adottare, ove ve ne sia necessità, provvedimenti adeguati, riguarda tutti i datori di lavoro. Tali provvedimenti non devono, tuttavia, imporre loro un onere sproporzionato.

62 Ne consegue che, contrariamente agli argomenti della Repubblica italiana esposti al punto 55 della presente sentenza, per trasporre correttamente e completamente l'articolo 5 della direttiva 2000/78 non è sufficiente disporre misure pubbliche di incentivo e di sostegno, ma è compito degli Stati membri imporre a tutti i datori di lavoro l'obbligo di adottare provvedimenti efficaci e pratici, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, a favore di tutti i disabili, che riguardino i diversi aspetti dell'occupazione e delle condizioni di lavoro e che consentano a tali persone di accedere ad un lavoro, di svolgerlo, di avere una promozione o di ricevere una formazione.

63 Orbene, nel caso di specie occorre osservare che la legge n. 104/1992 prevede che l'inserimento lavorativo e l'integrazione sociale dei disabili siano realizzati tramite misure che consentano di favorire

il loro pieno inserimento nel mondo del lavoro, in forma individuale o associata, nonché la tutela del loro impiego. Essa comporta disposizioni relative all'integrazione scolastica e alla formazione professionale e prevede in particolare aiuti a carico delle regioni. D'altra parte, la legge n. 104/1992 attribuisce alle regioni la competenza a regolamentare le agevolazioni ai singoli disabili per recarsi al posto di lavoro e per l'avvio e lo svolgimento di attività lavorative autonome, nonché gli incentivi, le agevolazioni e i contributi accordati ai datori di lavoro, anche al fine di adattare il posto di lavoro. Da tale legge quadro non risulta che essa garantisce che tutti i datori di lavoro siano tenuti ad adottare provvedimenti efficaci e pratici, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, a favore dei disabili, come esige l'articolo 5 della direttiva 2000/78.

- 64 Quanto alla legge n. 381/1991, essa contiene norme relative alle cooperative sociali, i cui dipendenti, ai sensi di tale legge, devono essere almeno per il 30% persone svantaggiate. La suddetta legge, destinata all'inserimento lavorativo dei disabili attraverso tali strutture, non contiene neanche disposizioni che impongano a tutti i datori di lavoro l'obbligo di adottare provvedimenti appropriati, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, ai sensi dell'articolo 5 della direttiva 2000/78.
- 65 Per quanto riguarda la legge n. 68/1999, essa ha lo scopo esclusivo di favorire l'accesso all'impiego di taluni disabili e non è volta a disciplinare quanto richiesto dall'articolo 5 della direttiva 2000/78.
- 66 Per quanto riguarda il decreto legislativo n. 81/2008, occorre rilevare che esso disciplina solo un aspetto dei provvedimenti appropriati richiesti dall'articolo 5 della direttiva 2000/78, cioè l'adeguamento delle mansioni alla disabilità dell'interessato.
- 67 Emerge da quanto precede che la legislazione italiana, anche se valutata nel suo complesso, non impone all'insieme dei datori di lavoro l'obbligo di adottare, ove ve ne sia necessità, provvedimenti efficaci e pratici, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, a favore di tutti i disabili, che riguardino i diversi aspetti dell'occupazione e delle condizioni di lavoro, al fine di consentire a tali persone di accedere ad un lavoro, di svolgerlo, di avere una promozione o di ricevere una formazione. Pertanto, essa non assicura una trasposizione corretta e completa dell'articolo 5 della direttiva 2000/78.
- 68 Di conseguenza, occorre dichiarare che la Repubblica italiana, non avendo imposto a tutti i datori di lavoro di prevedere, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, soluzioni ragionevoli applicabili a tutti i disabili, è venuta meno al suo obbligo di recepire correttamente e completamente l'articolo 5 della direttiva 2000/78.

Sulle spese

- 69 A norma dell'articolo 138, paragrafo 1, del regolamento di procedura della Corte, la parte soccombente è condannata alle spese se ne è stata fatta domanda. Poiché la Commissione ne ha fatto domanda, la Repubblica italiana, rimasta soccombente, va condannata alle spese.

Per questi motivi, la Corte (Quarta Sezione) dichiara e statuisce:

- 1) La Repubblica italiana, non avendo imposto a tutti i datori di lavoro di prevedere, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, soluzioni ragionevoli applicabili a tutti i disabili, è venuta meno al suo obbligo di recepire correttamente e completamente l'articolo 5 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.**
- 2) La Repubblica italiana è condannata alle spese.**

Firme

* Lingua processuale: l'italiano.

SENTENZA DELLA CORTE (Seconda Sezione)

11 aprile 2013 (*)

«Politica sociale – Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità – Direttiva 2000/78/CE – Parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro – Articoli 1, 2 e 5 – Disparità di trattamento basata sull’handicap – Licenziamento – Sussistenza di un handicap – Assenza del dipendente a causa del suo handicap – Obbligo di adattamento – Lavoro a tempo parziale – Durata del periodo di preavviso»

Nelle cause riunite C-335/11 e C-337/11,

aventi ad oggetto le domande di pronuncia pregiudiziale proposte, ai sensi dell’articolo 267 TFUE, dal Sø- og Handelsretten (Danimarca) con decisioni del 29 giugno 2011, pervenute in cancelleria il 1° luglio 2011, nel procedimento

HK Danmark, per conto di Jette Ring,

contro

Dansk almennyttigt Boligselskab (C-335/11),

e

HK Danmark, per conto di Lone Skouboe Werge,

contro

Dansk Arbejdsgiverforening per conto della **Pro Display A/S**, in stato di fallimento (C-337/11),

LA CORTE (Seconda Sezione),

composta dalla sig.ra R. Silva de Lapuerta, presidente di sezione, dal sig. K. Lenaerts, vicepresidente della Corte, facente funzione di giudice della Seconda Sezione, dai sigg. G. Arestis, A. Arabadjiev (relatore) e J. L. da Cruz Vilaça, giudici,

avvocato generale: sig.ra J. Kokott

cancelliere: sig.ra C. Strömholm, amministratore

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all’udienza del 18 ottobre 2012,

considerate le osservazioni presentate:

- per l’HK Danmark, per conto di Ring, da J. Goldschmidt, advokat;
- per l’HK Danmark, per conto di Skouboe Werge, da M. Østergård, advokat;
- per la Dansk almennyttigt Boligselskab, da C. Emmeluth e L. Greisen, advokater;
- per la Dansk Arbejdsgiverforening per conto della Pro Display A/S, da T. Skyum e L. Greisen, advokater;
- per il governo danese, inizialmente da C. Vang, successivamente da V. Pasternak Jørgensen, in qualità di agenti;
- per il governo belga, da L. Van den Broeck, in qualità di agente;

- per l'Irlanda, da D. O'Hagan, in qualità di agente, assistito da C. Power, BL;
- per il governo ellenico, da D. Tsagkaraki, in qualità di agente;
- per il governo italiano, da G. Palmieri, in qualità di agente, assistita da C. Gerardis, avvocato dello Stato;
- per il governo polacco, da M. Szpunar nonché da J. Faldyga e M. Załęka, in qualità di agenti;
- per il governo del Regno Unito, da K. Smith, barrister;
- per la Commissione europea, da M. Simonsen e J. Enegren, in qualità di agenti,

sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 6 dicembre 2012, ha pronunciato la seguente

Sentenza

- 1 Le domande di pronuncia pregiudiziale vertono sull'interpretazione degli articoli 1, 2 e 5 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 (GU L 303, pag. 16).
- 2 Tali domande sono state presentate nell'ambito di due controversie che vedono contrapposte, da un lato, l'HK Danmark (in prosieguito: l'«HK»), per conto della sig.ra Ring, e la Dansk almennyttigt Boligselskab (in prosieguito: la «DAB») e, dall'altro, l'HK, per conto della sig.ra Skouboe Werge, e la Dansk Arbejdsgiverforening per conto della Pro Display A/S, in stato di fallimento (in prosieguito: la «Pro Display»), in merito alla legittimità del licenziamento delle sig.re Ring e Skouboe Werge.

Contesto normativo

Diritto internazionale

- 3 La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, approvata in nome della Comunità europea con la decisione 2010/48/CE del Consiglio, del 26 novembre 2009 (GU 2010, L 23, pag. 35; in prosieguito: la «Convenzione dell'ONU»), al suo considerando e) così recita:

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

- 4 Ai sensi dell'articolo 1 della stessa Convenzione:

«Scopo della presente convenzione è promuovere, proteggere e garantire il pieno ed uguale godimento di tutti i diritti umani e di tutte le libertà fondamentali da parte delle persone con disabilità, e promuovere il rispetto per la loro intrinseca dignità.

Per persone con disabilità si intendono 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 base di uguaglianza con gli altri».

- 5 Secondo l'articolo 2, quarto comma, di detta Convenzione, «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».

6 I considerando 6 e 8 della direttiva 2000/78 hanno il seguente tenore:

«(6) La carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori riconosce l'importanza di combattere qualsiasi forma di discriminazione, compresa la necessità di intraprendere azioni appropriate per l'integrazione sociale ed economica degli anziani e dei disabili.

(...)

(8) Gli orientamenti in materia di occupazione per il 2000, approvati dal Consiglio europeo a Helsinki il 10 e 11 dicembre 1999, ribadiscono la necessità di promuovere un mercato del lavoro che agevoli l'inserimento sociale formulando un insieme coerente di politiche volte a combattere la discriminazione nei confronti di gruppi quali i disabili. Essi rilevano la necessità di aiutare in particolar modo i lavoratori anziani, onde accrescere la loro partecipazione alla vita professionale».

7 A termini dei considerando 16 e 17 della suddetta direttiva:

«(16) La messa a punto di misure per tener conto dei bisogni dei disabili sul luogo di lavoro ha un ruolo importante nella lotta alla discriminazione fondata sull'handicap.

(17) La presente direttiva non prescrive l'assunzione, la promozione o il mantenimento dell'occupazione né prevede la formazione di un individuo non competente, non capace o non disponibile ad effettuare le funzioni essenziali del lavoro in questione, fermo restando l'obbligo di prevedere una soluzione appropriata per i disabili».

8 I considerando 20 e 21 della medesima direttiva sono così formulati:

«(20) 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.

«(21) Per determinare se le misure in questione danno luogo a oneri finanziari sproporzionati, è necessario tener conto in particolare dei costi finanziari o di altro tipo che esse comportano, delle dimensioni e delle risorse finanziarie dell'organizzazione o dell'impresa e della possibilità di ottenere fondi pubblici o altre sovvenzioni».

9 A termini del suo articolo 1, la direttiva 2000/78 «mira a stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate sulla religione[,] le convinzioni personali, [l']handicap, l'età o le tendenze sessuali, per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro al fine di rendere effettivo negli Stati membri il principio della parità di trattamento».

10 L'articolo 2 di detta direttiva, dal titolo «Nozione di discriminazione», prevede che:

«1. Ai fini della presente direttiva, per "principio della parità di trattamento" s'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.

(...)).

11 L'articolo 5 della stessa direttiva, intitolato «Soluzioni ragionevoli per i disabili», è redatto come segue:

«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».

Il diritto danese

12 L'articolo 2 della lov om retsforholdet mellem arbejdsgivere og funktionærer (legge sul lavoro impiegatizio; in prosieguo: la «FL») dispone quanto segue:

«1. Il contratto di lavoro tra il datore di lavoro e il lavoratore subordinato può essere risolto unicamente con preavviso comunicato secondo le norme sotto indicate. Tali disposizioni si applicano anche alla risoluzione di un contratto di lavoro a tempo determinato prima della relativa scadenza.

2. Il preavviso da parte del datore di lavoro deve essere di almeno:

1) un mese, con scadenza all'ultimo giorno del mese successivo, durante i primi sei mesi di anzianità di servizio,

2) tre mesi, con scadenza all'ultimo giorno del mese successivo, con anzianità di servizio superiore a sei mesi.

3. Il periodo di preavviso di cui al paragrafo 2, punto 2), è aumentato di un mese per ciascun periodo di tre anni di servizio, fino a un massimo di sei mesi».

13 L'articolo 5 della FL, che prevede in particolare che i lavoratori subordinati mantengano il diritto alla retribuzione in caso di assenza per malattia, così recita:

«1. Qualora il lavoratore subordinato si trovi nell'impossibilità di svolgere le proprie mansioni a causa di malattia, l'inadempimento che ne consegue è considerato giustificato da un legittimo impedimento, salva l'ipotesi in cui il dipendente, successivamente alla conclusione del contratto di lavoro, abbia contratto la malattia in modo doloso o per colpa grave, ovvero, al momento dell'assunzione, abbia dissimulato, con intento fraudolento, il fatto di esserne già affetto.

2. 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. Perché il licenziamento sia valido, è necessario che venga notificato immediatamente al termine del periodo di 120 giorni di assenza per malattia e nel perdurare dell'assenza del lavoratore. La circostanza

che quest'ultimo torni al lavoro successivamente alla decisione di licenziamento non pregiudica la validità di questa».

- 14 La direttiva 2000/78 è stata trasposta nell'ordinamento nazionale mediante la lov n. 1417 om ændring af lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m. v. (legge n. 1417, che modifica la legge relativa al principio di non discriminazione nel mercato del lavoro; in prosieguo: la «legge antidiscriminazione») del 22 dicembre 2004. L'articolo 2 bis della legge antidiscriminazione dispone quanto segue:

«Il datore di lavoro adotta i provvedimenti appropriati, in funzione delle esigenze della situazione concreta, per consentire alla persona disabile di accedere ad un lavoro, di svolgerlo o di avere una promozione o perché possa ricevere una formazione, a meno che tali provvedimenti richiedano da parte del datore di lavoro un onere finanziario sproporzionato. Tale obbligo non sussiste se determina oneri sproporzionati a carico del datore di lavoro. L'onere non è sproporzionato qualora sia sufficientemente compensato da misure pubbliche».

Controversie principali e questioni pregiudiziali

- 15 Nel 1996 la sig.ra Ring è stata assunta dalla società di edilizia popolare Boligorganisationen Samvirke a Lyngby, successivamente, a partire dal 17 luglio 2000, dalla DAB, che ha rilevato la prima società. La sig.ra Ring è stata assente dal lavoro a più riprese tra il 6 giugno 2005 ed il 24 novembre 2005. I certificati medici riportano, tra l'altro, che ella soffre di dolori cronici a livello della colonna dorso-lombare che non sono trattabili. Non era possibile effettuare un pronostico circa la prospettiva di ripresa di un'attività professionale a tempo pieno.
- 16 Con lettera della DAB del 24 novembre 2005 la sig.ra Ring è stata informata del suo licenziamento in conformità dell'articolo 5, paragrafo 2, della FL.
- 17 Dal fascicolo a disposizione della Corte risulta che, dopo tale licenziamento, il luogo di lavoro è stato oggetto di risistemazione. La DAB ha presentato un preventivo di spesa, datato 3 settembre 2008, per una cifra totale di «circa DKK 305 000 (+ un margine)», concernente «un banco reception con alcune postazioni di lavoro sul lato interno» nonché la «sostituzione della vecchia moquette» e l'installazione di «scrivanie ad altezza regolabile».
- 18 Il 1° febbraio 2006 la sig.ra Ring ha iniziato un nuovo lavoro in qualità di receptionist presso la società ADRA Danmark, per un massimo di 20 ore settimanali. Le parti nel procedimento principale nella causa C-335/11 convengono che la sua postazione di lavoro è ordinaria e dispone, in particolare, di una scrivania di lavoro ad altezza regolabile.
- 19 Quanto alla sig.ra Skouboe Werge, ella è stata assunta nel 1998 dalla Pro Display in qualità di segretaria assistente di direzione. Il 19 dicembre 2003 la stessa è stata vittima di un incidente stradale ed ha subito un «colpo di frusta». È stata quindi posta in malattia per un periodo di circa tre settimane. Successivamente è stata assente per malattia solo alcuni giorni. Il 4 novembre 2004 il direttore contabile della Pro Display ha trasmesso un'e-mail al personale informandolo che, d'intesa con la sig.ra Skouboe Werge, quest'ultima veniva collocata in malattia a tempo parziale per quattro settimane, durante le quali avrebbe lavorato circa quattro ore al giorno. La Pro Display si è fatta rimborsare la retribuzione percepita dalla sig.ra Skouboe Werge in misura pari alle indennità di malattia.
- 20 La sig.ra Skouboe Werge è stata posta in malattia a tempo pieno lunedì 10 gennaio 2005. Mediante un'e-mail del 14 gennaio 2005, ella ha fatto sapere al direttore amministrativo della Pro Display che stava ancora molto male e che lo stesso giorno avrebbe dovuto consultare uno specialista. Un rapporto medico redatto il 17 gennaio 2005 constata che la medesima ha consultato il medico quello stesso giorno e che è stata dichiarata incapace di lavorare a partire dal 10 gennaio 2005. Il medico ha ritenuto che tale incapacità lavorativa si sarebbe protratta ancora per un mese. Nel rapporto medico datato 23 febbraio 2005, tale medico constata di non potersi pronunciare in merito alla durata dell'incapacità lavorativa.
- 21 Con lettera datata 21 aprile 2005, la sig.ra Skouboe Werge è stata informata del suo licenziamento mediante preavviso di un mese con scadenza il 31 maggio 2005.

- 22 La sig.ra Skouboe Werge è stata oggetto di una procedura di valutazione da parte dell'amministrazione del lavoro di Randers, che ha concluso che la stessa era in grado di lavorare per circa otto ore settimanali con un ritmo rallentato. Nel giugno 2006 è stata collocata a riposo per invalidità a causa della sua incapacità lavorativa. Nel 2007 l'Arbejdsskadestyrelsen (Ufficio nazionale degli incidenti sul lavoro e delle malattie professionali) ha stabilito il grado di invalidità della sig.ra Skouboe Werge al 10% e il grado d'incapacità al 50%, successivamente rivalutata al 65%.
- 23 Agendo in nome e per conto delle due ricorrenti nel procedimento principale, l'HK, un sindacato dei lavoratori, ha agito dinanzi al Søg og Handelsretten con una domanda di risarcimento danni contro i datori di lavoro delle stesse sul fondamento della legge antidiscriminazione. L'HK sostiene che le due lavoratrici erano affette da un handicap e che i rispettivi datori di lavoro erano tenuti a proporre loro una riduzione dell'orario di lavoro, in forza dell'obbligo di procedere ad adattamenti previsto all'articolo 5 della direttiva 2000/78. L'HK afferma altresì che l'articolo 5, paragrafo 2, della FL non può essere applicato nei confronti di tali due dipendenti, in quanto le loro assenze per malattia sono conseguenti alla loro disabilità.
- 24 Nei due procedimenti principali i datori di lavoro negano che le condizioni di salute delle ricorrenti nel procedimento principale siano riconducibili alla nozione di «handicap» ai sensi della direttiva 2000/78, dal momento che l'unica incapacità che le stesse presentano consiste nel non essere in grado di svolgere un lavoro a tempo pieno. Essi contestano altresì che la riduzione dell'orario di lavoro rientri nel novero dei provvedimenti di cui all'articolo 5 di detta direttiva. Infine, i datori di lavoro affermano che, in caso di assenza per malattia in conseguenza di un handicap, il licenziamento di un lavoratore disabile in applicazione dell'articolo 5, paragrafo 2, della FL non configura una discriminazione e, quindi, non è contrario alla suddetta direttiva.
- 25 Il giudice del rinvio rileva che, al punto 45 della sentenza dell'11 luglio 2006, Chacón Navas (C-13/05, Racc. pag. I-6467), la Corte ha affermato che, perché la limitazione della capacità di partecipare alla vita professionale possa rientrare nella nozione di «handicap», deve essere probabile che tale limitazione sia di lunga durata.
- 26 Ciò premesso, il Søg og Handelsretten ha deciso di sospendere il giudizio e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali, formulate in termini identici nelle cause C-335/11 e C-337/11:
- 1)
 - a) Se la condizione di una persona che, a causa di menomazioni fisiche, mentali o psichiche, non può svolgere la propria attività lavorativa o può farlo soltanto entro certi limiti per un arco di tempo che soddisfa i requisiti, in termini di durata, di cui al punto 45 della sentenza [Chacón Navas, citata] rientri nella nozione di handicap ai sensi della direttiva.
 - b) Se una condizione causata da una malattia diagnosticata incurabile possa rientrare nella nozione di handicap ai sensi della direttiva.
 - c) Se una condizione causata da una malattia diagnosticata temporanea possa rientrare nella nozione di handicap ai sensi della direttiva.
 - 2) Se una menomazione funzionale duratura che non comporta la necessità di ausili specifici o misure analoghe, e che consiste unicamente o sostanzialmente nel fatto che la persona interessata non è in grado di lavorare a tempo pieno, debba essere considerata come un handicap secondo l'accezione utilizzata nella direttiva 2000/78 del Consiglio.
 - 3) Se la riduzione dell'orario di lavoro rientri tra le misure di cui all'art. 5 della direttiva 2000/78 del Consiglio.
 - 4) 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
 - a) l'assenza sia causata dall'handicap,

oppure

- b) l'assenza sia dovuta al fatto che il datore di lavoro non ha preso i provvedimenti appropriati, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, per consentire al disabile di svolgere il suo lavoro».

27 Con ordinanza del presidente della Corte del 4 agosto 2011 le cause C-335/11 e C-337/11 sono state riunite ai fini della fase scritta e della fase orale del procedimento nonché della sentenza.

Sulle questioni pregiudiziali

Osservazioni preliminari

28 In limine va ricordato che, in forza dell'articolo 216, paragrafo 2, TFUE, allorché l'Unione europea conclude accordi internazionali, questi ultimi vincolano le sue istituzioni e, di conseguenza, prevalgono sugli atti dell'Unione stessa (sentenza del 21 dicembre 2011, *Air Transport Association of America e a.*, C-366/10, Racc. pag. I-13755, punto 50 e giurisprudenza ivi citata).

29 Si deve altresì ricordare che la prevalenza degli accordi internazionali conclusi dall'Unione sulle norme di diritto derivato impone di interpretare queste ultime in maniera per quanto possibile conforme a detti accordi (sentenza del 22 novembre 2012, *Digitalnet e a.*, C-320/11, C-330/11, C-382/11 e C-383/11, punto 39 e giurisprudenza ivi citata).

30 Dalla decisione 2010/48 risulta che l'Unione ha approvato la Convenzione dell'ONU. Di conseguenza, le disposizioni di tale Convenzione formano parte integrante, a partire dalla sua data di entrata in vigore, dell'ordinamento giuridico dell'Unione (v., in tal senso, sentenza del 30 aprile 1974, *Haegeman*, 181/73, Racc. pag. 449, punto 5).

31 Del resto, dall'appendice all'allegato II alla suddetta decisione risulta che, per quanto riguarda l'autonomia e la partecipazione sociale, le condizioni di lavoro e l'occupazione, la direttiva 2000/78 figura tra gli atti dell'Unione concernenti le questioni disciplinate dalla Convenzione dell'ONU.

32 Ne consegue che la direttiva 2000/78 deve essere oggetto, per quanto possibile, di un'interpretazione conforme a tale Convenzione.

33 È alla luce di queste considerazioni che occorre rispondere alle questioni sottoposte alla Corte dal giudice del rinvio.

Sulla prima e sulla seconda questione

34 Con le sue questioni prima e seconda, che è opportuno esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio chiede sostanzialmente se la nozione di «handicap» di cui alla direttiva 2000/78 debba essere interpretata nel senso che essa comprende lo stato di salute di una persona che, a causa di menomazioni fisiche, mentali o psichiche, non possa svolgere la propria attività lavorativa, o possa farlo solo in modo limitato, per un periodo di tempo probabilmente lungo o in modo permanente. Esso chiede inoltre se tale nozione debba essere interpretata nel senso che una condizione patologica causata da una malattia diagnosticata come incurabile possa rientrare nella predetta nozione, che una condizione patologica causata da una malattia diagnosticata come curabile possa parimenti ricadere nella nozione in esame e che la natura delle misure che il datore di lavoro deve adottare sia determinante al fine di ritenere che lo stato di salute di una persona sia riconducibile alla stessa nozione.

35 In via preliminare occorre rilevare che, come risulta dal suo articolo 1, la direttiva 2000/78 mira a tracciare un quadro generale per la lotta, in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, alle discriminazioni fondate su uno dei motivi menzionati da tale articolo, tra i quali compare l'handicap (v. sentenza *Chacón Navas*, cit., punto 41). Conformemente al suo articolo 3, paragrafo 1, lettera c), tale direttiva si applica, nei limiti delle competenze conferite all'Unione europea, a tutte le persone, in particolare per quanto attiene alle condizioni di licenziamento.

- 36 Va rammentato che la nozione di «handicap» non è definita dalla direttiva 2000/78 stessa. Per tale motivo la Corte, al punto 43 della sentenza Chacón Navas, citata, ha dichiarato che la nozione in discorso va intesa come una limitazione che deriva, in particolare, da menomazioni fisiche, mentali o psichiche e che ostacola la partecipazione della persona considerata alla vita professionale.
- 37 Dal canto suo, la Convenzione dell'ONU, ratificata dall'Unione europea con decisione del 26 novembre 2009, ossia dopo la pronuncia della sentenza Chacón Navas, citata, 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». 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».
- 38 Alla luce delle considerazioni svolte ai punti 28-32 della presente sentenza, la nozione di «handicap» deve essere intesa nel senso che si riferisce ad 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.
- 39 Inoltre, dall'articolo 1, secondo comma, della Convenzione dell'ONU risulta che le menomazioni fisiche, mentali, intellettuali o sensoriali debbano essere «durature».
- 40 Va inoltre aggiunto che, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 32 delle sue conclusioni, non risulta che la direttiva 2000/78 miri a coprire unicamente gli handicap congeniti o derivanti da incidenti, escludendo quelli cagionati da una malattia. Infatti, sarebbe 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.
- 41 Pertanto, si deve constatare che, se una malattia, curabile o incurabile, comporta una limitazione, risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche, che, in interazione con barriere di diversa natura, può ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori e se tale limitazione è di lunga durata, una siffatta malattia può ricadere nella nozione di «handicap» ai sensi della direttiva 2000/78.
- 42 Per contro, una malattia che non comporti una simile limitazione non rientra nella nozione di «handicap» ai sensi della direttiva 2000/78. Infatti, la malattia in quanto tale non può essere considerata un motivo che si aggiunge a quelli in base ai quali la direttiva 2000/78 vieta qualsiasi discriminazione (v. sentenza Chacón Navas, cit., punto 57).
- 43 La circostanza che la persona interessata possa svolgere la propria attività lavorativa solo in modo limitato non configura un ostacolo a che lo stato di salute di tale persona rientri nella nozione di «handicap». Contrariamente a quanto fatto valere dalle società DAB e Pro Display, un handicap non implica necessariamente l'esclusione totale dal lavoro o dalla vita professionale.
- 44 A questo proposito, si deve ritenere che la nozione di «handicap», quale risulta dal punto 38 della presente sentenza, vada intesa nel senso che si riferisce ad un ostacolo a svolgere un'attività professionale e non, come fanno valere le società DAB e Pro Display, ad un'impossibilità di esercitare una simile attività. Lo stato di salute di una persona disabile idonea a svolgere un lavoro, quand'anche a tempo parziale, può pertanto rientrare nella nozione di «handicap». Un'interpretazione come quella proposta dalle società DAB e Pro Display sarebbe del resto incompatibile con la finalità della direttiva 2000/78, che mira segnatamente a garantire che una persona disabile possa accedere ad un lavoro o a svolgerlo.
- 45 Inoltre, la constatazione della sussistenza di un handicap non dipende dalla natura delle misure di adattamento, come l'utilizzazione di attrezzature speciali. In proposito, si deve rilevare che la definizione della nozione di «handicap» ai sensi dell'articolo 1 della direttiva 2000/78 precede la determinazione e la valutazione delle misure di adattamento previste dall'articolo 5 di quest'ultima.

46 Conformemente al considerando 16 della direttiva 2000/78, siffatte misure hanno lo scopo di tener conto dei bisogni dei disabili. Esse sono quindi la conseguenza e non l'elemento costitutivo della nozione di handicap. Analogamente, le misure o gli adattamenti di cui al considerando 20 di tale direttiva consentono di rispettare l'obbligo che discende dall'articolo 5 della stessa direttiva, ma sono applicabili solo in presenza di un handicap.

47 In base alle considerazioni di cui sopra, si deve rispondere alla prima e alla seconda questione dichiarando che la nozione di «handicap» di cui alla direttiva 2000/78 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. 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.

Sulla terza questione

48 Con la sua terza questione il giudice del rinvio chiede sostanzialmente se l'articolo 5 della direttiva 2000/78 debba essere interpretato nel senso che la riduzione dell'orario di lavoro può configurare uno dei provvedimenti di adattamento contemplati da tale articolo.

49 Come sancito dall'articolo in parola, il datore di lavoro è tenuto a prendere i provvedimenti appropriati, segnatamente, per consentire ai disabili di accedere ad un lavoro, di svolgerlo o di avere una promozione. A tale riguardo il considerando 20 di detta direttiva procede ad un elenco non tassativo di siffatti provvedimenti, i quali possono essere di ordine fisico, organizzativo e/o formativo.

50 Si deve rilevare che né l'articolo 5 della direttiva 2000/78 né il considerando 20 menzionano la riduzione dell'orario di lavoro. Occorre tuttavia interpretare la nozione di «ritmi di lavoro», che compare in detto considerando, per determinare se l'adattamento dell'orario di lavoro possa essere fatto rientrare in tale nozione.

51 La DAB e la Pro Display fanno valere in proposito che la nozione di cui trattasi riguarda elementi quali l'organizzazione del ritmo e della velocità del lavoro, ad esempio nell'ambito di un processo produttivo, nonché le pause, in modo da alleviare per quanto possibile il carico del lavoratore disabile.

52 Tuttavia, né dal considerando 20 né da altre disposizioni della direttiva 2000/78 si evince che il legislatore dell'Unione abbia inteso circoscrivere la nozione di «ritmi di lavoro» a siffatti elementi ed escluderne l'adattamento degli orari, in particolare la possibilità, per le persone disabili che non sono o non sono più in grado di lavorare a tempo pieno, di svolgere il proprio lavoro a tempo parziale.

53 Conformemente all'articolo 2, quarto comma, della Convenzione dell'ONU, gli «accomodamenti ragionevoli» sono «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». Ne consegue che detto articolo contempla un'ampia definizione della nozione di «accomodamento ragionevole».

54 Pertanto, per quanto riguarda la direttiva 2000/78, tale concetto deve essere inteso nel senso che si riferisce all'eliminazione delle barriere di diversa natura che ostacolano la piena ed effettiva partecipazione delle persone disabili alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori.

55 Dal momento che, da un lato, il considerando 20 della direttiva 2000/78 e l'articolo 2, quarto comma, della Convenzione dell'ONU prevedono soluzioni non solo materiali, ma anche organizzative, e, dall'altro, il termine «ritmo» di lavoro deve essere inteso come la cadenza o la velocità con cui si effettua il lavoro, non può escludersi che una riduzione dell'orario di lavoro possa costituire uno dei provvedimenti di adattamento di cui all'articolo 5 di detta direttiva.

- 56 Occorre del resto rilevare che l'elenco delle misure appropriate destinate a sistemare il luogo di lavoro in funzione dell'handicap, contenuto al considerando 20 della direttiva 2000/78, non è tassativo e, pertanto, la riduzione dell'orario di lavoro, anche qualora non ricada nel concetto di «ritmi di lavoro», può essere considerata un provvedimento di adattamento ai sensi dell'articolo 5 di detta direttiva, ove la riduzione dell'orario di lavoro consenta al lavoratore di poter continuare a svolgere il suo lavoro, conformemente alla finalità perseguita da tale articolo.
- 57 Si deve tuttavia ricordare che, secondo il suo considerando 17, la direttiva 2000/78 non prescrive l'assunzione, la promozione o il mantenimento dell'occupazione di un individuo non competente, non capace o non disponibile ad effettuare le funzioni essenziali del lavoro in questione, fermo restando l'obbligo di prevedere una soluzione appropriata per i disabili, tra cui figura un'eventuale riduzione del loro orario di lavoro.
- 58 Inoltre, va osservato che, conformemente all'articolo 5 di detta direttiva, gli adattamenti cui le persone disabili hanno diritto devono essere ragionevoli, nel senso che essi non devono configurare un onere sproporzionato per il datore di lavoro.
- 59 Nei procedimenti principali, dunque, spetta al giudice nazionale valutare se la riduzione dell'orario di lavoro quale misura di adattamento rappresenti un onere sproporzionato per i datori di lavoro.
- 60 Come risulta dal considerando 21 della direttiva 2000/78, a tale riguardo deve tenersi conto, tra l'altro, dei costi finanziari o di altro tipo che tale misura comporta, delle dimensioni e delle risorse finanziarie dell'impresa e della possibilità di ottenere fondi pubblici o altre sovvenzioni.
- 61 Va rammentato che, nell'ambito del procedimento ai sensi dell'articolo 267 TFUE, basato sulla netta separazione di funzioni tra i giudici nazionali e la Corte, ogni valutazione dei fatti di causa rientra nella competenza del giudice nazionale. Tuttavia, al fine di fornire al giudice nazionale una soluzione utile, la Corte può, in uno spirito di cooperazione con i giudici nazionali, dargli tutte le indicazioni che reputi necessarie (sentenza del 15 aprile 2010, Sandström, C-433/05, Racc. pag. I-2885, punto 35 e giurisprudenza ivi citata).
- 62 Ai fini della valutazione in esame può costituire un elemento rilevante la circostanza, evidenziata dal giudice del rinvio, che, immediatamente dopo il licenziamento della sig.ra Ring, la DAB ha pubblicato un annuncio relativo all'offerta di un impiego per un(a) impiegato(a) a tempo parziale, vale a dire per 22 ore settimanali, nella propria agenzia regionale di Lyngby. Dal fascicolo sottoposto alla Corte non emerge alcun elemento che consenta di ritenere che la sig.ra Ring non fosse in grado di ricoprire tale posto a tempo parziale o che comprenda i motivi per i quali esso non le è stato proposto. Inoltre, il giudice del rinvio ha affermato che la sig.ra Ring, poco dopo il licenziamento, ha iniziato a svolgere un nuovo lavoro in qualità di receptionist presso un'altra società e che la durata effettiva dell'orario di lavoro era di 20 ore settimanali.
- 63 Inoltre, come rilevato dal governo danese nel corso dell'udienza, il diritto danese prevede la possibilità di concedere alle imprese sovvenzioni pubbliche finalizzate a sostenere le soluzioni aventi lo scopo di agevolare l'accesso delle persone disabili al mercato del lavoro, in particolare iniziative volte ad incentivare i datori di lavoro ad assumere e a mantenere in funzione persone disabili.
- 64 Alla luce di quanto precede, si deve rispondere alla terza questione dichiarando che l'articolo 5 della direttiva 2000/78 deve essere interpretato nel senso che la riduzione dell'orario di lavoro può costituire uno dei provvedimenti di adattamento di cui a tale articolo. Spetta al giudice nazionale valutare se, nelle circostanze dei procedimenti principali, la riduzione dell'orario di lavoro quale provvedimento di adattamento rappresenti un onere sproporzionato per il datore di lavoro.

Sulla quarta questione, lettera b)

- 65 Con la sua quarta questione, lettera b), il giudice del rinvio chiede sostanzialmente se la direttiva 2000/78 debba essere interpretata nel senso che osta ad una disposizione nazionale che prevede che un datore di lavoro possa porre termine 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 conseguenti al fatto che il datore di lavoro

abbia omissso di adottare i provvedimenti appropriati, conformemente all'obbligo di prevedere soluzioni ragionevoli di cui all'articolo 5 di tale direttiva.

66 Si deve rilevare che la circostanza che un datore di lavoro abbia omissso di adottare i predetti provvedimenti, alla luce dell'obbligo che discende dall'articolo 5 della direttiva 2000/78, può comportare che le assenze di un lavoratore disabile siano imputabili ad una carenza da parte del datore di lavoro e non all'handicap del lavoratore.

67 Nell'ipotesi in cui il giudice nazionale constatasse che, nel caso specifico, l'assenza dei lavoratori è imputabile alla mancata adozione da parte del datore di lavoro dei provvedimenti di adattamento appropriati, la direttiva 2000/78 osterebbe all'applicazione di una disposizione nazionale come quella di cui trattasi nel procedimento principale.

68 Alla luce delle considerazioni che precedono, si deve rispondere alla quarta questione, lettera b), dichiarando che la direttiva 2000/78 deve essere interpretata nel senso che osta ad una disposizione nazionale che prevede che un datore di lavoro possa porre 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 la conseguenza dell'ommissa adozione, da parte del datore di lavoro, dei provvedimenti appropriati, in conformità dell'obbligo di prevedere soluzioni ragionevoli di cui all'articolo 5 della predetta direttiva.

Sulla quarta questione, lettera a)

69 Con la sua quarta questione, lettera a), il giudice del rinvio chiede sostanzialmente se la direttiva 2000/78 debba essere interpretata nel senso che osta ad una disposizione nazionale che prevede che un datore di lavoro possa porre 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 dovute al suo handicap.

70 Occorre ritenere che, con tale questione, il giudice del rinvio si riferisca all'ipotesi in cui l'articolo 5, paragrafo 2, della FL sia applicato ad una persona disabile a seguito di un'assenza per malattia imputabile in tutto o in parte al suo handicap e non all'ommissa adozione, da parte del datore di lavoro, dei provvedimenti appropriati, conformemente all'obbligo di adottare soluzioni ragionevoli di cui all'articolo 5 della direttiva 2000/78.

71 Come dichiarato dalla Corte al punto 48 della sentenza Chacón Navas, citata, un trattamento sfavorevole basato sull'handicap va contro la tutela prevista dalla direttiva 2000/78 unicamente nei limiti in cui costituisca una discriminazione ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, di quest'ultima. Infatti, il lavoratore disabile che rientri nella tutela offerta da detta direttiva deve essere protetto contro ogni discriminazione rispetto ad un lavoratore che non vi rientri. Si pone pertanto la questione se la disposizione nazionale in esame nel procedimento principale sia atta a comportare una discriminazione nei confronti delle persone disabili.

72 Quanto alla questione se la disposizione in esame nel procedimento principale comporti una disparità di trattamento fondata sull'handicap, si deve rilevare che l'articolo 5, paragrafo 2, della FL, relativo alle assenze per malattia, si applica in modo identico alle persone disabili ed alle persone non disabili assenti a causa di malattia per oltre 120 giorni. Ciò premesso, non può ritenersi che tale disposizione instauri una disparità di trattamento basata direttamente sulla disabilità, ai sensi del combinato disposto degli articoli 1 e 2, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2000/78.

73 In proposito occorre rilevare che una persona che sia stata licenziata dal suo datore di lavoro con preavviso ridotto esclusivamente per causa di malattia non rientra nel quadro generale tracciato dalla direttiva 2000/78 per lottare contro la discriminazione fondata all'handicap (v., per analogia, sentenza Chacón Navas, cit., punto 47).

74 Si deve quindi rilevare che l'articolo 5, paragrafo 2, della FL non contempla una discriminazione diretta basata sull'handicap, in quanto si fonda su un criterio che non è indissolubilmente collegato all'handicap.

- 75 Per quanto riguarda la questione se detta disposizione sia atta a comportare una disparità di trattamento indirettamente basata sull'handicap, si deve osservare che la presa in considerazione dei giorni di assenza a causa di una malattia collegata all'handicap nel calcolo dei giorni di assenza per malattia finisce per assimilare una malattia legata ad un handicap alla nozione generale di malattia. Orbene, come la Corte ha dichiarato al punto 44 della sentenza Chacón Navas, citata, è esclusa un'assimilazione pura e semplice della nozione di «handicap» a quella di «malattia».
- 76 In proposito, 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. Pertanto, appare evidente che la norma dei 120 giorni prevista da tale disposizione 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.
- 77 Conformemente al punto i) di detta disposizione, occorre 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 danese.
- 78 Per quanto riguarda la finalità dell'articolo 5, paragrafo 2, della FL, il governo danese sottolinea che tale disposizione mira ad 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. Quale contropartita, tali lavoratori potrebbero conservare il posto di lavoro per la durata della loro malattia.
- 79 Il suddetto governo afferma che, pertanto, la norma in esame preserva gli interessi del datore di lavoro e del lavoratore ed è in linea con la regolamentazione generale del mercato del lavoro danese, che si fonda su una combinazione tra, da un lato, la flessibilità e la libertà contrattuale e, dall'altro, la tutela dei lavoratori.
- 80 La DAB e la Pro Display precisano che la regola dei 120 giorni di cui all'articolo 5, paragrafo 2, della FL è vista come una norma posta a tutela dei lavoratori malati, in quanto un datore di lavoro che abbia acconsentito alla sua applicabilità sarà di norma incline ad attendere un periodo più lungo prima di procedere al licenziamento di un siffatto lavoratore.
- 81 Occorre ricordare che gli Stati membri dispongono di un ampio margine di discrezionalità nella scelta non solo del perseguimento di una determinata finalità in materia di politica sociale e dell'occupazione, ma anche nella definizione delle misure idonee alla sua realizzazione (v., in tal senso, sentenze del 5 luglio 2012, Hörnfeldt, C-141/11, punto 32, e del 6 dicembre 2012, Odar, C-152/11, punto 47).
- 82 La Corte ha già dichiarato che la promozione delle assunzioni costituisce incontestabilmente un obiettivo legittimo di politica sociale o dell'occupazione degli Stati membri e che tale valutazione deve evidentemente applicarsi a strumenti di politica del mercato del lavoro nazionale diretti a migliorare le opportunità di inserimento nella vita attiva di talune categorie di lavoratori (v. sentenza del 16 ottobre 2007, Palacios della Villa, C-411/05, Racc. pag. I-8531, punto 65). Allo stesso modo, un provvedimento adottato per favorire la flessibilità del mercato del lavoro può essere considerato una misura di politica occupazionale.
- 83 Pertanto, in linea di principio, finalità del tipo di quelle indicate dal governo danese possono essere considerate idonee a giustificare oggettivamente, nell'ambito del diritto nazionale, come previsto all'articolo 2, paragrafo 2, lettere b), i), della direttiva 2000/78, una disparità di trattamento basata sull'handicap, come quella di cui all'articolo 5, paragrafo 2, della FL.

- 84 Resta ancora da verificare se i mezzi attuati per realizzare detti obiettivi siano adeguati e necessari e se non eccedano quanto è indispensabile per raggiungere l'obiettivo perseguito.
- 85 Il governo danese ritiene che l'articolo 5, paragrafo 2, della FL consenta di conseguire nel modo più appropriato, da un lato, l'obiettivo di permettere l'assunzione e la conservazione del posto in favore di persone aventi, quantomeno potenzialmente, una capacità di lavoro ridotta nonché, dall'altro, l'obiettivo superiore di un mercato del lavoro flessibile, basato su accordi contrattuali e sicuro.
- 86 La DAB e la Pro Display a questo proposito precisano che, secondo la normativa danese sulle indennità per malattia, il datore di lavoro che versi la retribuzione al lavoratore assente per malattia ha diritto al rimborso da parte delle autorità comunali del luogo di residenza del lavoratore delle indennità di malattia. Tuttavia, il diritto a tali indennità sarebbe limitato a 52 settimane ed il loro importo sarebbe inferiore alla retribuzione effettiva. In tale contesto, le disposizioni dell'articolo 5, paragrafo 2, della FL assicurerebbero un ragionevole equilibrio tra gli opposti interessi del lavoratore e del datore di lavoro per quanto riguarda le assenze per malattia.
- 87 Considerato l'ampio margine di discrezionalità riconosciuto agli Stati membri nella scelta non solo di una determinata finalità da perseguire in materia di politica sociale e dell'occupazione, ma anche nella definizione delle misure idonee alla sua realizzazione, non sembra irragionevole che essi ritengano che una misura, come la norma dei 120 giorni prevista all'articolo 5, paragrafo 2, della FL, possa essere appropriata per il conseguimento delle finalità sopra menzionate.
- 88 Difatti, può ritenersi possibile che detta norma, prevedendo la facoltà di ricorrere ad un preavviso di durata ridotta per procedere al licenziamento dei lavoratori assenti per malattia per oltre 120 giorni, abbia, per quanto riguarda i datori di lavoro, un effetto di incentivazione nell'assunzione e nel mantenimento dell'occupazione.
- 89 Per esaminare se la norma dei 120 giorni, di cui all'articolo 5, paragrafo 2, della FL, ecceda quanto necessario per realizzare le finalità perseguite, occorre ricollocare tale disposizione nel contesto in cui essa si inserisce e prendere in considerazione il danno che essa può causare ai soggetti interessati (v., in tal senso, sentenza Odar, cit., punto 65).
- 90 In proposito, spetta al giudice del rinvio verificare se il legislatore danese, perseguendo le legittime finalità della promozione dell'assunzione delle persone malate, da un lato, e di un ragionevole equilibrio tra gli opposti interessi del lavoratore e del datore di lavoro per quanto riguarda le assenze per malattia, dall'altro, abbia trascurato di tener conto di elementi rilevanti che riguardano, in particolare, i lavoratori disabili.
- 91 A tale riguardo non deve ignorarsi 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 ed hanno esigenze specifiche connesse alla tutela richiesta dalla loro condizione (v., in tale senso, sentenza Odar, cit., punti 68 e 69).
- 92 Alla luce delle considerazioni che precedono, si deve rispondere alla quarta questione, lettera a), dichiarando che la direttiva 2000/78 deve essere interpretata nel senso che osta ad una disposizione nazionale che preveda 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.

Sulle spese

- 93 Nei confronti delle parti nel procedimento principale la presente causa costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Seconda Sezione) dichiara:

- 1) **La nozione di «handicap» di cui alla 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, 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. 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.**
- 2) **L'articolo 5 della direttiva 2000/78 deve essere interpretato nel senso che la riduzione dell'orario di lavoro può costituire uno dei provvedimenti di adattamento di cui a tale articolo. Spetta al giudice nazionale valutare se, nelle circostanze dei procedimenti principali, la riduzione dell'orario di lavoro quale provvedimento di adattamento rappresenti un onere sproporzionato per il datore di lavoro.**
- 3) **La direttiva 2000/78 deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una disposizione nazionale che prevede che un datore di lavoro possa porre 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 la conseguenza dell'omessa adozione, da parte del datore di lavoro, dei provvedimenti appropriati, in conformità all'obbligo di prevedere soluzioni ragionevoli di cui all'articolo 5 della predetta direttiva.**
- 4) **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.**

Firme

* Lingua processuale: il danese.

SENTENZA DELLA CORTE (Terza Sezione)

10 febbraio 2022 (*)

«Rinvio pregiudiziale – Politica sociale – Direttiva 2000/78/CE – Parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro – Divieto di discriminazione fondata sulla disabilità – Licenziamento di un lavoratore divenuto definitivamente inidoneo ad esercitare le funzioni essenziali del suo posto di lavoro – Agente che effettua un tirocinio nel quadro della sua assunzione – Articolo 5 – Soluzioni ragionevoli per i disabili – Obbligo di riassegnazione a un altro posto di lavoro – Ammissione con riserva di non integrare un onere sproporzionato per il datore di lavoro»

Nella causa C-485/20,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dal Conseil d'État (Consiglio di Stato, Belgio), con decisione del 30 giugno 2020, pervenuta in cancelleria il 29 settembre 2020, nel procedimento

XXXX

contro

HR Rail SA,

LA CORTE (Terza Sezione),

composta da K. Jürimäe, presidente di sezione, N. Jääskinen, M. Safjan (relatore), N. Piçarra e M. Gavalec, giudici,

avvocato generale: A. Rantos

cancelliere: A. Calot Escobar

vista la fase scritta del procedimento,

considerate le osservazioni presentate:

- per XXXX, da M. Wilmet, avocate;
- per la HR Rail SA, da C. Van Olmen, V. Vuylsteke e G. Busschaert, avocats;
- per il governo belga, da M. Van Regemorter, L. Van den Broeck e C. Pochet, in qualità di agenti;
- per il governo ellenico, da M. Tassopoulou, in qualità di agente;
- per il governo portoghese, da M. Pimenta, A. Barros da Costa e M. João Marques, in qualità di agenti;
- per la Commissione europea, da D. Martin e A. Szmytkowska, in qualità di agenti,

sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza dell'11 novembre 2021,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'articolo 5 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 (GU 2000, L 303, pag. 16).

2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra XXXX e la HR Rail SA riguardante il licenziamento del primo a causa della sua disabilità.

Contesto normativo

Diritto internazionale

3 La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, che è stata approvata a nome della Comunità europea con la decisione 2010/48/CE del Consiglio, del 26 novembre 2009 (GU 2010, L 23, pag. 35; in prosieguo: la «Convenzione dell'ONU»), alla lettera e) del preambolo enuncia quanto segue:

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

4 Ai sensi dell'articolo 1 di tale convenzione, intitolato «Scopo»:

«Scopo della presente convenzione è promuovere, proteggere e garantire il pieno ed uguale godimento di tutti i diritti umani e di tutte le libertà fondamentali da parte delle persone con disabilità e promuovere il rispetto per la loro intrinseca dignità.

Per persone con disabilità si intendono 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 base di uguaglianza con gli altri».

5 L'articolo 2 di detta convenzione, intitolato «Definizioni», prevede quanto segue:

«Ai fini della presente convenzione:

(...)

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 o 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. Essa include ogni forma di discriminazione, compreso il rifiuto di un accomodamento ragionevole;

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 o l'esercizio, su base di uguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali;

(...))».

6 L'articolo 27, paragrafo 1, della medesima convenzione, intitolato «Lavoro e occupazione», afferma:

«Gli Stati parti riconoscono il diritto al lavoro delle persone con disabilità, su base di uguaglianza con gli altri; segnatamente il diritto di potersi mantenere attraverso un lavoro liberamente scelto o accettato in un mercato del lavoro e in un ambiente lavorativo aperto, che favorisca l'inclusione e l'accessibilità alle persone con disabilità. Gli Stati parti devono garantire e favorire l'esercizio del diritto al lavoro, anche a coloro i quali hanno acquisito una disabilità durante l'impiego, prendendo appropriate iniziative – anche attraverso misure legislative – in particolare al fine di:

(...)

- h) favorire l'impiego di persone con disabilità nel settore privato attraverso politiche e misure adeguate che possono includere programmi di azione antidiscriminatoria, incentivi e altre misure;
- i) garantire che alle persone con disabilità siano forniti accomodamenti ragionevoli nei luoghi di lavoro;

(...)

- k) promuovere programmi di orientamento e riabilitazione professionale, di mantenimento del posto di lavoro e di reinserimento nel lavoro per le persone con disabilità».

Diritto dell'Unione

7 I considerando 16, 17, 20 e 21 della direttiva 2000/78 sono così formulati:

«(16) La messa a punto di misure per tener conto dei bisogni dei disabili sul luogo di lavoro ha un ruolo importante nel combattere la discriminazione basata sull'handicap.

(17) La presente direttiva non prescrive l'assunzione, la promozione o il mantenimento dell'occupazione né prevede la formazione di un individuo non competente, non capace o non disponibile ad effettuare le funzioni essenziali del lavoro in questione, fermo restando l'obbligo di prevedere una soluzione appropriata per i disabili.

(...)

(20) 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.

(21) Per determinare se le misure in questione danno luogo a oneri finanziari sproporzionati, è necessario tener conto in particolare dei costi finanziari o di altro tipo che esse comportano, delle dimensioni e delle risorse finanziarie dell'organizzazione o dell'impresa e della possibilità di ottenere fondi pubblici o altre sovvenzioni».

8 L'articolo 3 di tale direttiva, intitolato «Campo d'applicazione», al paragrafo 1 enuncia quanto segue:

«Nei limiti dei poteri conferiti all'[Unione europea], la presente direttiva, 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;
- b) all'accesso a tutti i tipi e livelli di orientamento e formazione professionale, perfezionamento e riqualificazione professionale, inclusi i tirocini professionali;
- c) all'occupazione e alle condizioni di lavoro, comprese le condizioni di licenziamento e la retribuzione;

(...))».

9 Ai sensi dell'articolo 5 della direttiva suddetta, intitolato «Soluzioni ragionevoli per i disabili»:

«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».

Diritto belga

- 10 La legge del 10 maggio 2007 volta a combattere determinate forme di discriminazione, che recepisce la direttiva 2000/78 nel diritto belga, vieta le discriminazioni dirette e indirette fondate su uno qualsiasi dei criteri protetti di cui al suo articolo 4, punto 4°, in particolare sullo stato di salute attuale o futuro e sull'handicap.
- 11 Ai sensi dell'articolo 9 di tale legge, una distinzione indiretta sulla base di un handicap costituisce una discriminazione indiretta, a meno che sia dimostrato che non può essere messa in atto nessuna soluzione ragionevole. Conformemente all'articolo 14 della medesima legge, è vietata ogni forma di discriminazione, intendendosi per discriminazione segnatamente la discriminazione diretta, la discriminazione indiretta e il rifiuto di mettere in atto soluzioni ragionevoli a favore di una persona disabile.
- 12 A tale proposito, l'articolo 4, punto 12, della medesima legge definisce la nozione di «soluzioni ragionevoli» come tutti «i provvedimenti appropriati, adottati in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, per consentire ai disabili di accedere ad un lavoro, di svolgerlo o di avere una promozione nei settori in cui la presente legge è applicabile, a meno che tali provvedimenti richiedano da parte di chi deve adottarli un onere sproporzionato. Tale soluzione non è sproporzionata allorché l'onere è compensato in modo sufficiente da misure esistenti nel quadro della politica pubblica a favore dei disabili».

Procedimento principale e questione pregiudiziale

- 13 Il ricorrente nel procedimento principale veniva assunto come agente di manutenzione specializzato delle linee ferroviarie, dalla HR Rail, datore di lavoro esclusivo del personale delle Ferrovie belghe. Il 21 novembre 2016 iniziava un tirocinio in seno alla società Infrabel, ente giuridico che agiva in qualità di «gestore delle infrastrutture» per le Ferrovie belghe. Nel dicembre 2017 al ricorrente veniva diagnosticata una patologia cardiaca che richiedeva l'impianto di un pacemaker, apparecchio sensibile ai campi elettromagnetici generati, in particolare, dalle ferrovie. Poiché tale dispositivo medico era incompatibile con l'esposizione ripetuta ai campi elettromagnetici che subisce un agente di manutenzione delle linee ferroviarie, il ricorrente nel procedimento principale non era più in grado di svolgere le mansioni per quali era stato inizialmente assunto.
- 14 Il 12 giugno 2018, egli veniva riconosciuto disabile dal Service public fédéral «Sécurité sociale» (Belgio) (Servizio pubblico federale per la previdenza sociale, Belgio).
- 15 Con decisione del 28 giugno 2018, il Centre régional de la médecine de l'administration (Belgique) (Centro regionale per la medicina dell'amministrazione, Belgio), incaricato di valutare l'idoneità medica degli agenti statuari delle Ferrovie belghe, dichiarava il ricorrente nel procedimento principale inidoneo ad esercitare le funzioni per le quali era stato assunto (in prosieguo: la «decisione controversa»). Il Centro regionale per la medicina dell'amministrazione precisava, tuttavia, che l'interessato avrebbe potuto ricoprire un posto che rispondesse ai seguenti requisiti: «attività media, assenza di esposizione ai campi magnetici, non ad altezze elevate o a rischio di vibrazioni».
- 16 Il ricorrente nel procedimento principale veniva quindi riassegnato ad un posto di magazziniere presso la stessa impresa.
- 17 Il 1° luglio 2018, egli proponeva ricorso avverso la suddetta decisione dinanzi alla Commission d'appel de la médecine de l'administration (Commissione d'appello per la medicina della Pubblica amministrazione, Belgio).

- 18 Con lettera del 19 luglio 2018, la HR Rail comunicava al ricorrente che avrebbe beneficiato di un'«assistenza personalizzata al fine di individuare insieme a lui un nuovo impiego» e che sarebbe stato convocato a breve per un incontro a tal fine.
- 19 Il 3 settembre 2018, la Commissione d'appello per la medicina della Pubblica amministrazione confermava la decisione controversa.
- 20 Il 26 settembre 2018, il consulente capo – responsabile del servizio interessato della HR Rail informava il ricorrente nel procedimento principale del suo licenziamento con effetto dal 30 settembre 2018, con divieto di assunzione di 5 anni nel grado in cui era stato assunto.
- 21 Il 26 ottobre 2018, il direttore generale della HR Rail comunicava al ricorrente nel procedimento principale che, in applicazione dello statuto e del regolamento applicabili al personale delle Ferrovie belghe, si poneva fine al suo periodo di tirocinio per essere egli impossibilitato totalmente e definitivamente a proseguire le mansioni per le quali era stato assunto. Infatti, a differenza degli agenti nominati in via definitiva, i tirocinanti che sono riconosciuti disabili e non sono per questo più in grado di esercitare le loro funzioni non beneficiano di una riassegnazione all'interno dell'impresa. Il direttore generale lo informava altresì che la lettera che offriva un'«assistenza personalizzata» era divenuta priva di oggetto.
- 22 Il ricorrente nel procedimento principale ha proposto dinanzi al Conseil d'État (Consiglio di Stato, Belgio) un ricorso di annullamento avverso la decisione del 26 settembre 2018 che lo informava del suo licenziamento con effetto dal 30 settembre 2018.
- 23 Il giudice del rinvio rileva che le condizioni di salute del ricorrente nel procedimento principale consentono di qualificarlo come «disabile», ai sensi della normativa che recepisce nel diritto belga la direttiva 2000/78. Tuttavia, esso constata che la questione se, per «soluzione ragionevole» ai sensi dell'articolo 5 di tale direttiva, occorra prendere in considerazione anche la possibilità di destinare ad un'altra funzione la persona che, a causa di una sopravvenuta disabilità, non sia più in grado di svolgere la funzione che rivestiva anteriormente, non è valutata in modo uniforme dalla giurisprudenza nazionale.
- 24 In tali circostanze, il Conseil d'État (Consiglio di Stato) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se l'articolo 5 della direttiva [2000/78] debba essere interpretato nel senso che un datore di lavoro ha l'obbligo, nei confronti di una persona che, a causa della sua disabilità, non sia più in grado di svolgere le funzioni essenziali del lavoro al quale era assegnata, di destinarla ad un altro posto per il quale essa possieda le competenze, le capacità e le disponibilità richieste, quando una tale misura non imponga al datore di lavoro un onere sproporzionato».

Sulla questione pregiudiziale

- 25 Con la sua questione il giudice del rinvio domanda, in sostanza, se l'articolo 5 della direttiva 2000/78 debba essere interpretato nel senso che la nozione di «soluzioni ragionevoli per i disabili», ai sensi di tale articolo, implica che un lavoratore, compreso quello che assolve un tirocinio post-assunzione, il quale, a causa della sua disabilità, sia stato dichiarato inidoneo ad esercitare le funzioni essenziali del posto da lui occupato, sia assegnato ad un altro posto per il quale dispone delle competenze, delle capacità e delle disponibilità richieste.
- 26 Va ricordato, in via preliminare, che sia dal titolo e dal preambolo sia dal contenuto e dalla finalità della direttiva 2000/78 emerge che essa si propone di fissare un quadro generale per garantire a ogni individuo la parità di trattamento «in materia di occupazione e di condizioni di lavoro», offrendogli una protezione efficace contro le discriminazioni fondate su uno dei motivi di cui al suo articolo 1, tra i quali sono menzionati gli handicap (sentenza del 15 luglio 2021, Tartu Vangla, C-795/19, EU:C:2021:606, punto 26 e giurisprudenza ivi citata).

- 27 Detta direttiva concretizza, nel settore da essa disciplinato, il principio generale di non discriminazione ormai sancito dall'articolo 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (in prosieguo: la «Carta»). Inoltre, l'articolo 26 della Carta prevede che l'Unione riconosce e rispetta 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 (sentenza del 21 ottobre 2021, *Komisija za zashtita ot diskriminatsia*, C-824/19, EU:C:2021:862, punti 32 e 33, nonché giurisprudenza ivi citata).
- 28 Prima di tutto, si deve determinare se la suddetta direttiva possa essere invocata da una persona che, come il ricorrente nel procedimento principale, ha dovuto subire l'impianto di un pacemaker mentre assolveva un tirocinio post-assunzione da parte del datore di lavoro, ciò che ha reso impossibile che continuasse ad espletare le mansioni per le quali era stata inizialmente assunta, tenuto conto della sensibilità di tale apparecchio ai campi elettromagnetici generati dalle ferrovie, e ha di conseguenza condotto al suo licenziamento.
- 29 A tale proposito, in primo luogo, come risulta dal suo articolo 3, paragrafo 1, la direttiva 2000/78 si applica sia al settore pubblico che a quello privato, compresi gli enti pubblici. Pertanto, il fatto che la HR Rail sia una società per azioni di diritto pubblico non osta a che il ricorrente nel procedimento principale possa invocare tale direttiva nei propri riguardi.
- 30 In secondo luogo, ai sensi del suo articolo 3, paragrafo 1, lettere a) e b), detta direttiva si applica alle condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro, sia dipendente che autonomo, e all'accesso a tutti i tipi e livelli di orientamento e formazione professionale, perfezionamento e riqualificazione professionale. La formulazione di tale disposizione risulta sufficientemente ampia da ricomprendere la situazione di un lavoratore che assolve un tirocinio di formazione conseguente all'assunzione da parte del datore di lavoro.
- 31 Inoltre, la Corte ha già dichiarato che la nozione di «lavoratore» ai sensi dell'articolo 45 TFUE, che è uguale a quella della direttiva 2000/78 (v., in tal senso, sentenza del 19 luglio 2017, *Abercrombie & Fitch Italia*, C-143/16, EU:C:2017:566, punto 19), si estende alle persone che svolgano un tirocinio di preparazione o periodi di apprendistato nell'ambito di una professione, che possono essere considerati quali preparazione pratica collegata all'esercizio vero e proprio dell'attività professionale, laddove tali periodi vengano svolti secondo le modalità di un'attività retribuita reale ed effettiva, a favore e sotto la direzione di un datore di lavoro (sentenza del 9 luglio 2015, *Balkaya*, C-229/14, EU:C:2015:455, punto 50 e giurisprudenza ivi citata).
- 32 Ne consegue che il fatto che il ricorrente nel procedimento principale non fosse, alla data del suo licenziamento, un agente definitivamente assunto, non impedisce che la sua situazione professionale rientri nell'ambito di applicazione della direttiva 2000/78.
- 33 In terzo luogo, è pacifico che il ricorrente nel procedimento principale è portatore di un «handicap», ai sensi della normativa nazionale che attua la direttiva 2000/78.
- 34 Secondo una costante giurisprudenza, la nozione di «handicap», ai sensi di tale direttiva, deve essere intesa nel senso che si riferisce ad 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 dell'interessato alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori (v., in tal senso, sentenze dell'11 aprile 2013, *HK Danmark*, C-335/11 e C-337/11, EU:C:2013:222, punto 38, e dell'11 settembre 2019, *Nobel Plastiques Ibérica*, C-397/18, EU:C:2019:703, punto 41).
- 35 Nel caso di specie, il ricorrente nel procedimento principale soffre, in effetti, di un problema di salute che richiede l'impianto di un pacemaker, dispositivo sensibile ai campi elettromagnetici generati, in particolare, dalle ferrovie, ciò che non gli consente di svolgere le funzioni essenziali del posto al quale era assegnato.
- 36 Pertanto, una fattispecie come quella di cui al procedimento principale rientra nell'ambito di applicazione della direttiva 2000/78.

- 37 Al fine di rispondere alla questione sollevata dal giudice del rinvio, occorre rilevare che dalla formulazione dell'articolo 5 della direttiva 2000/78, letto alla luce dei considerando 20 e 21 della stessa, risulta che il datore di lavoro è tenuto ad adottare misure appropriate, ossia misure efficaci e pratiche, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, per consentire ai disabili di accedere ad un lavoro, di svolgerlo, di avere una promozione o di ricevere una formazione, senza che subisca un onere sproporzionato.
- 38 A tale proposito, occorre ricordare che la direttiva 2000/78 deve essere oggetto, per quanto possibile, di un'interpretazione conforme alla Convenzione dell'ONU (sentenza del 21 ottobre 2021, *Komisija za zashtita ot diskriminatsia*, C-824/19, EU:C:2021:862, punto 59 e giurisprudenza ivi citata). Orbene, secondo l'articolo 2, terzo comma, della Convenzione dell'ONU, la discriminazione fondata sulla disabilità include ogni forma di discriminazione, compreso il rifiuto di un accomodamento ragionevole.
- 39 Dall'articolo 5 della direttiva 2000/78 risulta che, al fine di garantire il rispetto del principio della parità di trattamento dei disabili, devono essere previste soluzioni ragionevoli. Così, il datore di lavoro deve prendere le misure appropriate, 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 misure richiedano da parte sua un onere sproporzionato.
- 40 Per quanto riguarda specificamente il considerando 20 di detta direttiva, il quale menziona, tra le misure appropriate, «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», la Corte ha già dichiarato che esso elenca non esaustivamente le misure appropriate, potendo queste ultime essere di ordine fisico, organizzativo e/o educativo, in quanto l'articolo 5 della medesima direttiva, letto alla luce dell'articolo 2, quarto comma, della Convenzione dell'ONU, contempla un'ampia definizione della nozione di «soluzione ragionevole» (v., in tal senso, sentenza dell'11 aprile 2013, *HK Danmark*, C-335/11 e C-337/11, EU:C:2013:222, punti 49 e 53).
- 41 Infatti, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 59 delle sue conclusioni, occorre ritenere che il riferimento effettuato, al considerando 20 della direttiva 2000/78, alla sistemazione del «luogo di lavoro» sottolinea il carattere prioritario di tale sistemazione rispetto ad altre misure di adeguamento dell'ambiente di lavoro della persona disabile al fine di consentirle una piena ed effettiva partecipazione alla vita professionale sul fondamento del principio di uguaglianza con gli altri lavoratori. Tali misure possono, quindi, comprendere l'attuazione da parte del datore di lavoro di provvedimenti che consentano al disabile di conservare la sua occupazione, come un trasferimento ad un altro posto di lavoro.
- 42 Per di più, come già dichiarato dalla Corte, la direttiva 2000/78 concretizza, nel settore da essa disciplinato, il principio generale di non discriminazione ormai sancito dall'articolo 21 della Carta. Inoltre, l'articolo 26 della Carta prevede che l'Unione riconosce e rispetta 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 (v., in tal senso, sentenze del 17 aprile 2018, *Egenberger*, C-414/16, EU:C:2018:257, punto 47, nonché del 21 ottobre 2021, *Komisija za zashtita ot diskriminatsia*, C-824/19, EU:C:2021:862, punti 32 e 33).
- 43 Si deve quindi ritenere, come ha fatto l'avvocato generale al paragrafo 69 delle sue conclusioni, che, quando un lavoratore diviene definitivamente inidoneo a ricoprire il suo posto di lavoro a causa di una sopravvenuta disabilità, la sua assegnazione a un diverso posto di lavoro può rappresentare una misura appropriata nell'ambito delle «soluzioni ragionevoli» ai sensi dell'articolo 5 della direttiva 2000/78.
- 44 Una tale interpretazione è conforme a tale nozione, che deve essere intesa come diretta all'eliminazione delle barriere di diversa natura che ostacolano la piena ed effettiva partecipazione delle persone disabili alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori (v., in tal senso, sentenza dell'11 aprile 2013, *HK Danmark*, C-335/11 e C-337/11, EU:C:2013:222, punto 54).
- 45 Ciò posto, occorre osservare che l'articolo 5 della direttiva 2000/78 non può obbligare il datore di lavoro ad adottare provvedimenti che gli impongano un «onere sproporzionato». A tale proposito, dal considerando 21 di tale direttiva deriva che, per determinare se le misure in questione diano luogo a

oneri sproporzionati, è necessario tener conto in particolare dei costi finanziari o di altro tipo che esse comportano, delle dimensioni e delle risorse finanziarie dell'organizzazione o dell'impresa e della possibilità di ottenere fondi pubblici o altre sovvenzioni.

- 46 Va rammentato che, nell'ambito del procedimento ai sensi dell'articolo 267 TFUE, basato sulla netta separazione di funzioni tra i giudici nazionali e la Corte, ogni valutazione dei fatti di causa rientra nella competenza del giudice nazionale. Tuttavia, al fine di fornire al giudice nazionale una soluzione utile, la Corte può, in uno spirito di cooperazione con i giudici nazionali, dargli tutte le indicazioni che le appaiano necessarie (sentenza dell'11 aprile 2013, HK Danmark, C-335/11 e C-337/11, EU:C:2013:222, punto 61 e giurisprudenza ivi citata).
- 47 Può costituire un elemento pertinente ai fini di tale valutazione la circostanza, rilevata dal giudice del rinvio, che, dopo essere stato dichiarato inidoneo ad esercitare le funzioni per le quali era stato assunto, il ricorrente nel procedimento principale sia stato riassegnato ad un posto di magazziniere all'interno della medesima impresa.
- 48 Peraltro, occorre precisare che, in ogni caso, la possibilità di assegnare una persona disabile ad un altro posto di lavoro esiste solo in presenza di almeno un posto vacante che il lavoratore interessato è in grado di occupare, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 77 delle sue conclusioni.
- 49 Alla luce di tutte le considerazioni che precedono, occorre rispondere alla questione sollevata dichiarando che l'articolo 5 della direttiva 2000/78 deve essere interpretato nel senso che la nozione di «soluzioni ragionevoli per i disabili», ai sensi di tale articolo, implica che un lavoratore, compreso quello che assolve un tirocinio post-assunzione, il quale, a causa della sua disabilità, sia stato dichiarato inidoneo ad esercitare le funzioni essenziali del posto da lui occupato, sia destinato ad un altro posto per il quale dispone delle competenze, delle capacità e delle disponibilità richieste, a meno che una tale misura non imponga al datore di lavoro un onere sproporzionato.

Sulle spese

- 50 Nei confronti delle parti nel procedimento principale la presente causa costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Terza Sezione) dichiara:

L'articolo 5 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, deve essere interpretato nel senso che la nozione di «soluzioni ragionevoli per i disabili», ai sensi di tale articolo, implica che un lavoratore, compreso quello che assolve un tirocinio post-assunzione, il quale, a causa della sua disabilità, sia stato dichiarato inidoneo ad esercitare le funzioni essenziali del posto da lui occupato, sia destinato ad un altro posto per il quale dispone delle competenze, delle capacità e delle disponibilità richieste, a meno che una tale misura non imponga al datore di lavoro un onere sproporzionato.

Firme



TRIBUNALE ORDINARIO di IVREA

Il Giudice del Lavoro dott. Matteo Buffoni, a scioglimento della riserva assunta all'udienza dell'8/5/2018, ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

nella causa n. 1129/2017 R.G. Lav., promossa da MINUTIELLO FRANCO, nato a Venosa (PZ) il 15/9/1957 e residente in Castellamonte (TO), Via Giacomo Meuta n. 6, elettivamente domiciliato in Torino, Via Michele Schina n. 11 presso lo studio degli Avv.ti Elena Poli e Silvia Ingegneri, che lo rappresentano e difendono come da procura in calce al ricorso

-ricorrente-

contro TEKNOSERVICE S.R.L. in persona del legale rappresentante *pro tempore*, con sede in Piossasco (TO), Viale dell'Artigianato n. 10, elettivamente domiciliata in Napoli, Via Carlo Poerio n. 90 presso lo studio dell'Avv. Umberto Canetti, che la rappresenta e difende come da procura in calce alla memoria di costituzione

-convenuta -

Con ricorso *ex art.* 1, comma 48, legge 92/2012 depositato il 7/8/2017, il sig. Franco Minutiello esponeva le seguenti circostanze:



- il ricorrente prestava la propria attività lavorativa alle dipendenze di Teknoservice s.r.l. a far data dal 15/10/2013 in forza di contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato e a seguito dell'acquisizione, da parte della stessa convenuta, del servizio di raccolta e smaltimento rifiuti già facente capo ad ASA Servizi s.r.l., della quale il sig. Minutiello era dipendente;
- più precisamente, il lavoratore era adibito a mansioni di “autista raccogliitore” e inquadrato nel livello 2A del C.C.N.L. Fise, con orario settimanale di 36 ore dal lunedì al sabato;
- nell'autunno del 2014, il sig. Minutiello accusava i primi sintomi del morbo di Parkinson;
- per effetto di tale patologia, il ricorrente si assentava dal lavoro per una decina di giorni nel 2014 e, successivamente, per circa sei mesi nell'anno 2015 e per circa cinque mesi nell'anno 2016; tuttavia, compatibilmente con gli accertamenti diagnostici e le cure a cui si sottoponeva, il sig. Minutiello eseguiva regolarmente la propria prestazione lavorativa, senza mai restare inattivo;
- nel corso del 2016 il sig. Minutiello, su indicazione del capo servizio del cantiere di Castellamonte, veniva assegnato alla c.d. “cernita” della carta, operando su un nastro trasportatore sul quale venivano riversati – per essere selezionati con asportazione delle impurità – i rifiuti differenziati provenienti dalla raccolta domiciliare;
- a partire da settembre 2016, al rientro da un periodo di 15 giorni di malattia, il sig. Minutiello veniva incaricato dell'attività di pulizia del piazzale interno e dell'autorimessa del cantiere di Castellamonte;



- dopo una settimana, il capocantiere assegnava il ricorrente a mansioni di accoglienza degli utenti dell'isola ecologica di Castellamonte;
- dopo ulteriori due settimane, il sig. Minutiello veniva collocato alla cernita della plastica;
- nel frattempo, su domanda formulata il 6/10/2016, il sig. Minutiello veniva dichiarato "*portatore di handicap in situazione di gravità*" ai sensi dell'art. 3, comma 3, legge 104/1992, con riconoscimento di una invalidità civile del 75%;
- dall'8/12/2016 il sig. Minutiello si assentava dal lavoro per malattia e al rientro (avvenuto a febbraio 2017) veniva sottoposto a visita da parte del medico competente;
- all'esito della visita del 17/2/2017 il lavoratore veniva giudicato permanentemente inidoneo alle mansioni di raccoglitore, quindi era sospeso cautelativamente dall'attività lavorativa;
- all'esito della procedura *ex art. 7*, legge 604/1966, il sig. Minutiello veniva licenziato per giustificato motivo oggettivo con comunicazione del 16/3/2017 anticipata a mezzo telegramma;
- il licenziamento veniva impugnato tempestivamente;
- il ricorrente si scriveva al Centro per l'impiego, ma non riusciva a ricollocarsi.

Tanto premesso, il sig. Minutiello deduceva di essere stato licenziato illegittimamente, perché il giudizio di inidoneità permanente era stato formulato avendo riguardo a mansioni ("raccoglitore") che egli non svolgeva più da lungo tempo. In ogni caso Teknoservice s.r.l. non aveva



rispettato l'obbligo di *repechage*, perché il ricorrente avrebbe potuto essere adibito alle seguenti mansioni, equivalenti o inferiori rispetto a quelle per cui era stato assunto: addetto alla raccolta nel verde, ove gli operatori lavoravano in coppia; addetto alla raccolta ingombranti e al trasporto dei materiali in discarica, perché le squadre erano composte in prevalenza da due addetti; operatore ecologico nei Comuni di Castellamonte e Rivarolo Canavese, perché gli addetti allo spazzamento manuale operavano a piedi; addetto alla *reception* o addetto all'isola ecologica all'interno dell'ecocentro di Castellamonte; addetto ai nastri per la cernita della carta o della plastica nel cantiere di Castellamonte; addetto alle pulizie. Inoltre il rapporto di lavoro avrebbe potuto essere trasformato in rapporto a tempo parziale, e comunque il datore di lavoro aveva l'obbligo di adottare "ragionevoli accomodamenti" per conservare il posto di lavoro del sig. Minutiello, in ossequio all'art. 3, comma 3-*bis*, d.lgs. 216/2003.

Il ricorrente domandava quindi al Giudice di annullare il licenziamento e di erogare in suo favore la "tutela reale attenuata" di cui all'art. 18, commi 4 e 7, St. Lav.

Teknoservice s.r.l. si costituiva in giudizio l'11/10/2017 mediante il deposito di una memoria con la quale ribadiva le ragioni poste a sostegno del licenziamento: alla luce della patologia che lo aveva colpito, il sig. Minutiello era da considerarsi permanentemente inidoneo alla mansione di raccogliitore, e non era stato possibile reperire un'altra mansione compatibile con le sue condizioni di salute. Prima del licenziamento era stato tentato un *repechage*, ma poi si era verificato che i compiti assegnati al ricorrente comportavano un pericolo per la sua incolumità: il sig. Minutiello non



possedeva più un equilibrio stabile, quindi rischiava di cadere nella fossa sottostante il nastro trasportatore sul quale era collocata la carta destinata alla cernita. Inoltre le postazioni non pericolose (quale ad esempio quella di addetto all'accoglienza degli utenti dell'isola ecologica) erano stabilmente occupate da altri lavoratori invalidi licenziati e poi reintegrati su ordine giudiziale. In ogni caso, il datore di lavoro non era tenuto a modificare la sua organizzazione aziendale per adibire il sig. Minutiello a mansioni compatibili con il suo stato di salute.

Tanto premesso, Teknoservice s.r.l. concludeva per il rigetto dell'avversa domanda e comunque, in subordine, per l'applicabilità della tutela risarcitoria, non essendo configurabile la manifesta infondatezza dei motivi posti alla base del licenziamento.

Il Giudice esperiva il tentativo di conciliazione formulando due proposte conciliative "alternative", che però non incontravano il favore delle parti. La causa veniva dunque istruita con l'escussione di alcuni testimoni ed era infine chiamata all'udienza del 9/5/2018. A tale udienza i difensori esponevano oralmente le rispettive argomentazioni e richiamavano le conclusioni rassegnate in atti. All'esito della discussione, il Giudice tratteneva la causa a riserva.

La domanda del sig. Minutiello è fondata.

La dimostrazione dell'assunto richiede necessariamente un breve *excursus* giurisprudenziale e normativo.

1. Tutela del lavoratore in caso di sopravvenuta inidoneità fisica alle mansioni: evoluzione del sistema



La giurisprudenza maggioritaria per lungo tempo ha ritenuto che fosse legittimamente esperibile il licenziamento per giustificato motivo oggettivo nel caso di accertata e irreversibile inidoneità fisica o psichica del lavoratore, non ravvisando un suo diritto ad essere assegnato ad altre mansioni (Cass., sentenza n. 4012/1998; Cass., sentenza n. 3040/1996; Cass., sentenza n. 3174/1995). Le rare pronunce in senso contrario (cfr. ad esempio Pret. Desio, 29/10/1983, in *Lavoro* '80, 84, 311), che richiedevano ai fini della legittimità del licenziamento la prova della inutilizzabilità in altro modo del lavoratore, hanno trovato conferma della validità della loro impostazione in una pronuncia resa dalla Suprema Corte a Sezioni Unite (Cass., Sez. Un., sentenza n. 7755/1998). In tale sentenza la Cassazione ha ritenuto non sufficiente, affinché si configuri un'ipotesi di giustificato motivo oggettivo di licenziamento, la sopravvenuta infermità permanente e la conseguente impossibilità della prestazione. Infatti, se il lavoratore che ha contratto l'infermità può inserirsi nell'organizzazione produttiva predisposta dal datore (secondo le scelte insindacabili di quest'ultimo) svolgendo mansioni equivalenti a quelle assegnate o, se del caso, anche inferiori, ma pur sempre utilizzabili dall'impresa, non può invocarsi il giustificato motivo oggettivo. Giova precisare che questo principio è stato affermato con riferimento alla sopravvenuta inidoneità parziale del lavoratore, mentre con riferimento alla sopravvenuta inidoneità totale valgono i criteri enunciati nella sentenza n. 16375/2002 della Suprema Corte, che per non appesantire la trattazione non vengono illustrati in questa sede.

Il *dictum* delle Sezioni Unite ha trovato consacrazione a livello legislativo, perché con la legge 68/1999 è stato sancito il principio per cui il



licenziamento per giustificato motivo oggettivo del lavoratore invalido è legittimo solo nel caso in cui, previa attuazione da parte del datore di lavoro di tutti i possibili adattamenti dell'organizzazione produttiva, la definitiva impossibilità ad essere riassunto all'interno dell'azienda sia stata accertata dalla Commissione di cui all'art. 4, legge 104/1992 (cfr. art. 10, comma 3, legge 68/1999).

In subiecta materia è poi intervenuto il d.lgs. 81/2008, che con l'art. 42, modificato dall'art. 27, d.lgs. 106/2009, ha stabilito quanto segue:

“1. Il datore di lavoro, anche in considerazione di quanto disposto dalla legge 12 marzo 1999, n. 68, in relazione ai giudizi di cui all'articolo 41, comma 6, attua le misure indicate dal medico competente e qualora le stesse prevedano un'inidoneità alla mansione specifica adibisce il lavoratore, ove possibile, a mansioni equivalenti o, in difetto, a mansioni inferiori garantendo il trattamento corrispondente alle mansioni di provenienza”.

Fino a questo momento la tutela del lavoratore colpito da sopravvenuta inidoneità fisica (parziale) era affidata ai principi civilistici.

In effetti il datore di lavoro, come qualsiasi altro contraente, è tenuto a rispettare il principio di buona fede nell'esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.). Secondo la migliore dottrina, tale principio si presta ad essere utilizzato come parametro per sindacare l'esercizio del potere discrezionale del privato. Più precisamente, la parte è tenuta secondo buona fede a esercitare i suoi poteri discrezionali in modo da salvaguardare l'utilità della controparte, sempre che ciò non comporti per se stessa un apprezzabile sacrificio.



Ecco perché, a fronte della sopravvenuta inidoneità fisica (parziale) del lavoratore, il datore di lavoro era tenuto a verificare la possibilità di assegnargli mansioni diverse, se del caso anche inferiori: ma sempre con adattamenti dell'organizzazione produttiva caratterizzati dal limite insito nel principio di buona fede, costituito dall' "apprezzabile sacrificio". Nel senso che, in caso di superamento di questo limite (cioè nell'ipotesi di possibilità di conservazione del posto solo mediante uno sforzo datoriale eccedente l'apprezzabile sacrificio), il licenziamento doveva considerarsi legittimo.

Nel nostro ordinamento la vera svolta si è verificata grazie all'impulso dei principi affermati a livello comunitario così come interpretati dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

Il D.L. 76/2013, convertito in legge 99/2013, ha introdotto una novità nel diritto antidiscriminatorio a tutela delle persone con disabilità: l'obbligo, per tutti i datori di lavoro, di adottare accomodamenti ragionevoli nell'ambiente di lavoro per garantire parità di condizioni (cfr. art. 3, comma 3-*bis*, d.lgs. 216/2003).

Si tratta di una norma introdotta per colmare il vuoto lasciato dal legislatore del 2003 in sede di trasposizione della direttiva 78/2000/CE in materia di parità di condizioni di lavoro. Tale lacuna ha indotto la CGUE (all'esito della Causa C-312/11, Commissione contro Repubblica Italiana) ad adottare la seguente statuizione:

“La Repubblica italiana, non avendo imposto a tutti i datori di lavoro di prevedere, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, soluzioni ragionevoli applicabili a tutti i disabili, è venuta meno al suo obbligo di recepire correttamente e completamente l'articolo 5 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”.

Di qui, per l'appunto, l'inserimento – nell'art. 3, d.lgs. 216/2003 – del comma 3-*bis*, che recita:

“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. I datori di lavoro pubblici devono provvedere all'attuazione del presente comma senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica e con le risorse umane, finanziarie e strumentali disponibili a legislazione vigente”.

Ne discende che, ai fini della presente decisione, vengono in rilievo due problemi nodali: si tratta innanzitutto di stabilire se il sig. Minutiello possa essere definito come “persona con disabilità” ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 3, comma 3-*bis*, d.lgs. 216/2003, e in secondo luogo – in caso di risposta affermativa al predetto quesito – se vi fossero “accomodamenti ragionevoli” che Teknoservice s.r.l. avrebbe dovuto adottare per assicurare la conservazione del posto di lavoro dell'odierno ricorrente.

Il primo problema deve essere risolto, ancora una volta, alla stregua degli insegnamenti della CGUE.

Giova riportare testualmente alcuni passaggi della sentenza resa dalla Corte nelle Cause riunite C-335/11 e 337/11, HK Danmark, nella quale sono stati



enucleati i principi che successivamente sono stati posti alla base della condanna della Repubblica italiana per la mancata trasposizione della direttiva 78/2000:

“34 Con le sue questioni prima e seconda, che è opportuno esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio chiede sostanzialmente se la nozione di «handicap» di cui alla direttiva 2000/78 debba essere interpretata nel senso che essa comprende lo stato di salute di una persona che, a causa di menomazioni fisiche, mentali o psichiche, non possa svolgere la propria attività lavorativa, o possa farlo solo in modo limitato, per un periodo di tempo probabilmente lungo o in modo permanente. Esso chiede inoltre se tale nozione debba essere interpretata nel senso che una condizione patologica causata da una malattia diagnosticata come incurabile possa rientrare nella predetta nozione, che una condizione patologica causata da una malattia diagnosticata come curabile possa parimenti ricadere nella nozione in esame e che la natura delle misure che il datore di lavoro deve adottare sia determinante al fine di ritenere che lo stato di salute di una persona sia riconducibile alla stessa nozione.

35 In via preliminare occorre rilevare che, come risulta dal suo articolo 1, la direttiva 2000/78 mira a tracciare un quadro generale per la lotta, in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, alle discriminazioni fondate su uno dei motivi menzionati da tale articolo, tra i quali compare l'handicap (v. sentenza Chacón Navas, cit., punto 41). Conformemente al suo articolo 3, paragrafo 1, lettera c), tale direttiva si applica, nei limiti delle competenze conferite all'Unione europea, a tutte le persone, in particolare per quanto attiene alle condizioni di licenziamento.



36 *Va rammentato che la nozione di «handicap» non è definita dalla direttiva 2000/78 stessa. Per tale motivo la Corte, al punto 43 della sentenza Chacón Navas, citata, ha dichiarato che la nozione in discorso va intesa come una limitazione che deriva, in particolare, da menomazioni fisiche, mentali o psichiche e che ostacola la partecipazione della persona considerata alla vita professionale.*

37 *Dal canto suo, la Convenzione dell'ONU, ratificata dall'Unione europea con decisione del 26 novembre 2009, ossia dopo la pronuncia della sentenza Chacón Navas, citata, 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». 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».*

38 *Alla luce delle considerazioni svolte ai punti 28-32 della presente sentenza, la nozione di «handicap» deve essere intesa nel senso che si riferisce ad 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.*



39 *Inoltre, dall'articolo 1, secondo comma, della Convenzione dell'ONU risulta che le menomazioni fisiche, mentali, intellettuali o sensoriali debbano essere «durature».*

40 *Va inoltre aggiunto che, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 32 delle sue conclusioni, non risulta che la direttiva 2000/78 miri a coprire unicamente gli handicap congeniti o derivanti da incidenti, escludendo quelli cagionati da una malattia. Infatti, sarebbe 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.*

41 *Pertanto, si deve constatare che, se una malattia, curabile o incurabile, comporta una limitazione, risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche, che, in interazione con barriere di diversa natura, può ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori e se tale limitazione è di lunga durata, una siffatta malattia può ricadere nella nozione di «handicap» ai sensi della direttiva 2000/78.*

42 *Per contro, una malattia che non comporti una simile limitazione non rientra nella nozione di «handicap» ai sensi della direttiva 2000/78. Infatti, la malattia in quanto tale non può essere considerata un motivo che si aggiunge a quelli in base ai quali la direttiva 2000/78 vieta qualsiasi discriminazione (v. sentenza Chacón Navas, cit., punto 57).*

43 *La circostanza che la persona interessata possa svolgere la propria attività lavorativa solo in modo limitato non configura un ostacolo a che lo stato di salute di tale persona rientri nella nozione di «handicap».*



Contrariamente a quanto fatto valere dalle società DAB e Pro Display, un handicap non implica necessariamente l'esclusione totale dal lavoro o dalla vita professionale.

44 A questo proposito, si deve ritenere che la nozione di «handicap», quale risulta dal punto 38 della presente sentenza, vada intesa nel senso che si riferisce ad un ostacolo a svolgere un'attività professionale e non, come fanno valere le società DAB e Pro Display, ad un'impossibilità di esercitare una simile attività. Lo stato di salute di una persona disabile idonea a svolgere un lavoro, quand'anche a tempo parziale, può pertanto rientrare nella nozione di «handicap». Un'interpretazione come quella proposta dalle società DAB e Pro Display sarebbe del resto incompatibile con la finalità della direttiva 2000/78, che mira segnatamente a garantire che una persona disabile possa accedere ad un lavoro o a svolgerlo.

45 Inoltre, la constatazione della sussistenza di un handicap non dipende dalla natura delle misure di adattamento, come l'utilizzazione di attrezzature speciali. In proposito, si deve rilevare che la definizione della nozione di «handicap» ai sensi dell'articolo 1 della direttiva 2000/78 precede la determinazione e la valutazione delle misure di adattamento previste dall'articolo 5 di quest'ultima.

46 Conformemente al considerando 16 della direttiva 2000/78, siffatte misure hanno lo scopo di tener conto dei bisogni dei disabili. Esse sono quindi la conseguenza e non l'elemento costitutivo della nozione di handicap. Analogamente, le misure o gli adattamenti di cui al considerando 20 di tale direttiva consentono di rispettare l'obbligo che discende



dall'articolo 5 della stessa direttiva, ma sono applicabili solo in presenza di un handicap.

47 In base alle considerazioni di cui sopra, si deve rispondere alla prima e alla seconda questione dichiarando che la nozione di «handicap» di cui alla direttiva 2000/78 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. 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”.

Alla luce dei sopra esposti principi, con riferimento al caso di specie è decisivo osservare quanto segue:

- il sig. Minutiello è affetto da una limitazione fisica a carattere duraturo, essendo stato colpito dal morbo di Parkinson. Sulla base di questa diagnosi, il lavoratore è stato dichiarato “portatore di handicap in situazione di gravità” ai sensi dell’art. 3, comma 3, legge 104/1992 (cfr. doc. 22 fasc. ricorrente) e “invalido con riduzione permanente della capacità lavorativa” nella percentuale del 75% con decorrenza dal 6/10/2016 (cfr. doc. 23 fasc. ricorrente);
- non rileva che la suddetta limitazione fisica non sia congenita o derivante da un incidente;



- ciò che conta, piuttosto, è che la malattia in questione, interagendo con le barriere insite nell'attuale organizzazione del lavoro che caratterizza Teknoservice s.r.l., ostacola la piena ed effettiva partecipazione del sig. Minutiello alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori, perché in concreto impedisce all'odierno ricorrente di svolgere le mansioni di "autista raccoglitore" alle quali per anni è stato adibito (cfr. lettera di assunzione prodotta *sub* 3 fasc. ricorrente). Più precisamente: all'esito della visita del 20/4/2015, il medico competente ha giudicato il sig. Minutiello "*soggetto non idoneo alla mansione di autista raccoglitore*", ravvisando però un'inidoneità solo parziale e indicando le seguenti limitazioni: "*Idoneo a mansioni leggere, che non prevedano movimentazione manuale di carichi, guida di veicoli aziendali, assenza di colleghi nelle immediate vicinanze*" (cfr. docc. 2 e 3 fasc. convenuta). All'esito della visita medica del 17/2/2017, invece, il lavoratore è stato giudicato permanentemente inidoneo alla stessa mansione (cfr. doc. 4 fasc. convenuta);
- non rileva che il sig. Minutiello, nonostante malattia che lo affligge, possa comunque svolgere un'attività lavorativa (sull'individuazione della quale si rimanda a quanto si dirà *infra*), perché, come ha chiarito la CGUE, "*un handicap non implica necessariamente l'esclusione totale dal lavoro o dalla vita professionale*";
- infine non rileva che l'ostacolo alla libera esplicazione della personalità del sig. Minutiello in ambito professionale possa essere



rimosso – come si dirà nel prosieguo della trattazione – mediante misure che non implicano “*l'utilizzazione di attrezzature speciali*”.

Ne discende che il sig. Minutiello deve essere qualificato come “persona con disabilità” ai sensi e per gli effetti di cui all’art. 3, comma 3-*bis*, d.lgs. 216/2003, che deve essere interpretato in modo conforme al diritto comunitario così come cristallizzato nella sopra citata sentenza della CGUE. L’ulteriore conseguenza è che deve essere affermato, a carico di Teknoservice s.r.l., l’obbligo di adottare “accomodamenti ragionevoli” per rimuovere gli ostacoli che impediscono la libera esplicazione della personalità del sig. Minutiello in ambito professionale; in altre parole, la valutazione circa la legittimità del licenziamento intimato dall’azienda all’odierno ricorrente passa necessariamente attraverso la verifica della possibilità di salvaguardare il suo posto di lavoro attraverso l’adozione degli accorgimenti a cui fa riferimento l’art. 3, comma 3-*bis*, d.lgs. 216/2003.

Per riempire di contenuto la nozione di “accomodamento ragionevole” occorre fare leva, ancora una volta, sui principi affermati dalla giurisprudenza comunitaria.

Nella sentenza HK Danmark la CGUE ha evidenziato la necessità di fornire un’interpretazione della direttiva 2000/78 per quanto possibile conforme alla Convenzione dell’ONU (“*Dalla decisione 2010/48 risulta che l’Unione ha approvato la Convenzione dell’ONU. Di conseguenza, le disposizioni di tale Convenzione formano parte integrante, a partire dalla sua data di entrata in vigore, dell’ordinamento giuridico dell’Unione ... Ne consegue che la direttiva 2000/78 deve essere oggetto, per quanto possibile, di un’interpretazione conforme a tale Convenzione*”: cfr. punti 30 e 32 della



sentenza HK Danmark). Di qui l'affermazione del seguente principio di diritto:

“53 Conformemente all’articolo 2, quarto comma, della Convenzione dell’ONU, gli «accomodamenti ragionevoli» sono «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». Ne consegue che detto articolo contempla un’ampia definizione della nozione di «accomodamento ragionevole»”.

A questo punto ci si può ricollegare al ragionamento sopra svolto circa la portata dell’obbligo di buona fede nell’esecuzione del contratto e la sua rilevanza al fine di considerare il datore di lavoro obbligato a salvaguardare, nei limiti dell’apprezzabile sacrificio, il posto di lavoro del soggetto affetto da sopravvenuta inidoneità fisica (parziale) mediante l’adibizione dello stesso a mansioni equivalenti o inferiori a quelle già assegnate.

A parere di questo Giudice l’art. 3, comma 3-bis, d.lgs. 216/2003, letto alla luce degli insegnamenti della Corte di Giustizia, impone all’interprete di affermare la sussistenza a carico del datore di lavoro di un obbligo ben più pregnante rispetto a quello già ricavabile dal sistema civilistico: il “ragionevole accomodamento” consiste in una misura organizzativa che può andare al di là del limite costituito dall’apprezzabile sacrificio; il datore di lavoro, cioè, può essere chiamato ad apportare una rilevante modifica all’organizzazione produttiva allo scopo di salvaguardare la libera esplicazione della personalità del lavoratore affetto da disabilità, anche se



ciò comporta per lo stesso imprenditore un apprezzabile sacrificio, con l'unico limite che non può trattarsi di un accorgimento “*sproporzionato o eccessivo*”.

Spetta ovviamente al giudice di merito valutare se una determinata misura di adattamento rappresenti un onere sproporzionato per il datore di lavoro (cfr. punto 59 della sentenza HK Danmark).

2. Il caso di specie: possibilità per Teknoservice s.r.l. di adottare più accomodamenti ragionevoli

2.1. Premessa

Teknoservice s.r.l. aveva a disposizione più “accomodamenti ragionevoli” che le avrebbero consentito di evitare il licenziamento per giustificato motivo oggettivo del sig. Minutiello. Si allude alla possibilità di adibire il lavoratore alle seguenti mansioni: addetto alla portineria all'ingresso dello stabilimento; addetto all'accoglienza degli utenti all'interno dell'isola ecologica di Castellamonte.

In tal senso depongono le risultanze della documentazione versata in atti e delle prove testimoniali.

2.2. Mansioni di “portiere”

Si considerino in primo luogo i documenti prodotti da Teknoservice s.r.l. in data 23/3/2018.

Dal doc. 1 si evince che il 31/7/2017 gli ispettori dell'ARPA e della ASL si sono recati presso la sede operativa di Teknoservice s.r.l. (sita in Castellamonte, Strada del Ghiaro Inferiore) e, all'esito del sopralluogo, hanno rilevato quanto segue: “... *l'accesso all'interno dell'area aziendale*



non risulta presidiato e il passo carraio risulta aperto e accessibile in auto o con mezzi pesanti”.

Successivamente il Dirigente della “Area Sviluppo Sostenibile e Pianificazione Ambientale – Servizio Pianificazione e Gestione Rifiuti, Bonifiche, Sostenibilità Ambientale”, con missiva del 9/8/2017 (cfr. doc. 2), ha contestato a Teknoservice s.r.l. le seguenti inadempienze: “a. *all’impianto autorizzato può accedere chiunque, senza che vi sia un controllo; b. l’accesso all’ecocentro avviene utilizzando la stessa viabilità dell’impianto autorizzato creando situazioni di possibile pericolo per il contemporaneo transito di mezzi pesanti e privati cittadini, nonché una possibile commistione tra i due ambiti”.* Quindi Teknoservice s.r.l. è stata sollecitata ad apportare le necessarie modifiche, con assegnazione del termine di 30 giorni per l’invio di una relazione tecnica dettagliata “*descrittiva delle modalità adottate”.*

Con missiva dell’8/9/2017 l’odierna convenuta ha chiesto una proroga del termine, rappresentando l’intenzione di realizzare una “*nuova viabilità interna”* comprendente “*la regolazione dei flussi di mezzi e l’accesso all’area mediante barriere controllate da apposita guardiola”.* Inoltre l’azienda ha fatto presente che, nelle more della realizzazione dell’intervento definitivo (il cui completamento avrebbe richiesto circa quattro mesi), era stato disposto “*un servizio di guardiania per mezzo di un operatore con funzione di regolatore degli accessi e moviere, localizzato immediatamente a valle dell’accesso principale, nella diramazione delle diverse strade che percorrono il sito”*, così da impedire l’accesso alle



persone non autorizzate e da consentire la regolazione del traffico all'interno dell'area (cfr. doc. 3).

Con la successiva relazione del 10/10/2017 Teknoservice s.r.l. ha descritto nei dettagli l'assetto definitivo, specificando che, conformemente alla richiesta del Servizio Pianificazione e Gestione Rifiuti, esso consentirà di separare l'area destinata alla gestione dei rifiuti da quella adibita ad ecocentro, in modo tale da evitare qualsiasi interferenza. In particolare, il traffico in ingresso sarà regolato: quanto alle utenze dirette all'ecocentro, da un addetto specificamente incaricato delle funzioni di controllo amministrativo, con l'ausilio di una sbarra di accesso alla “*viabilità esclusiva dedicata*”; quanto alle utenze dirette all'area dedicata ai rifiuti pericolosi, da un ulteriore addetto incaricato dell'identificazione dell'utente e dell'apertura del portone che consentirà l'ingresso nell'impianto.

A questo punto è importante precisare che il licenziamento è stato intimato al sig. Minutiello in data 16/3/2017 (cfr. docc. 18 e 19 fasc. ricorrente e docc. 8 e 9 fasc. convenuta), quindi in data anteriore rispetto all'ispezione e ai rilievi di cui si è dato conto *supra*.

Ciò induce a concludere nel senso che la figura professionale del “portiere” collocato “*a valle dell'accesso principale*” è stata creata solo dopo la cessazione del rapporto di lavoro dell'odierno ricorrente. Le testimonianze assunte sul punto hanno permesso di chiarire che la relativa mansione è stata affidata al sig. Nunzio Mileti (cfr. in particolare deposizioni dei sigg.ri Valter Zucca e Pietro Grisolia), ma non si sono rivelate univoche dal punto di vista della tempistica; in ogni caso, la documentazione sopra citata non lascia spazio a dubbi: deve ritenersi provato in causa che il sig. Nunzio



Mileti sia stato adibito alla mansione di “portiere” solo dopo il licenziamento del sig. Minutiello.

Quindi, se si trattasse di un “semplice” recesso datoriale per giustificato motivo oggettivo, non si potrebbe imputare a Teknoservice s.r.l. alcuna violazione dell’obbligo di *repechage*.

Nella specie, però, il problema consiste nel comprendere se Teknoservice s.r.l. fosse tenuta ad adottare “ragionevoli accomodamenti” per preservare il posto di lavoro dell’odierno ricorrente, e quindi nel verificare se il licenziamento avrebbe potuto essere evitato assegnando proprio al sig. Minutiello la mansione di portiere addetto allo smistamento degli utenti all’ingresso dello stabilimento.

La risposta deve essere senz’altro affermativa: di certo non si tratta un onere “*sproporzionato o eccessivo*”, tant’è vero che la misura organizzativa in questione è stata approntata dall’azienda non appena essa ha ricevuto i rilievi del Servizio Pianificazione e Gestione Rifiuti della Città metropolitana.

Si trattava, anzi, di un accorgimento doveroso, proprio perché – come rilevato dall’autorità amministrativa – era necessario separare dell’area destinata alla gestione dei rifiuti da quella adibita ad ecocentro.

Si aggiunga che l’assetto definitivo predisposto da Teknoservice s.r.l. contempla non una, ma due figure professionali destinate all’accoglimento dell’utenza: un lavoratore sarà addetto alle funzioni di controllo amministrativo da espletare all’ingresso all’ecocentro, mentre un altro lavoratore sarà addetto all’identificazione dell’utente e all’apertura del portone che darà accesso all’area dedicata ai rifiuti pericolosi (si rimanda



alla lettura del già citato doc. 4 prodotto da parte convenuta il 23/3/2018). Anche in questo caso non rileva che le corrispondenti posizioni lavorative non fossero previste all'epoca del licenziamento del sig. Minutiello: infatti, benché la loro creazione *ex novo* non possa essere considerata in modo disgiunto dalla realizzazione di consistenti opere finalizzate a modificare la viabilità per l'accesso all'ecocentro, non può comunque parlarsi di accomodamenti sproporzionati o eccessivi, essendosi in presenza di misure funzionali ad assicurare la completa separazione delle diverse aree e quindi a garantire il pieno rispetto delle prescrizioni impartite dall'autorità amministrativa.

Resta solo da verificare la compatibilità delle condizioni di salute del sig. Minutiello con le mansioni di portiere addetto alla regolamentazione del flusso degli utenti in ingresso all'ecocentro.

La CTU finalizzata ad accertare le condizioni di salute del lavoratore, invocata da Teknoservice s.r.l. nella memoria di costituzione con istanza ribadita dal difensore anche in sede di discussione orale, sarebbe stata superflua.

Infatti sul punto è sufficiente constatare che, a fronte dell'allegazione attorea secondo cui il sig. Minutiello avrebbe potuto essere adibito a mansioni di "accoglienza" degli utenti, Teknoservice s.r.l. non ha formulato alcuna obiezione dal punto di vista dell'idoneità fisica del lavoratore, limitandosi a controdedurre che le posizioni lavorative a cui alludeva il ricorrente erano già occupate da altri dipendenti con limitazioni di varia natura.

In ogni caso, pur prescindendo dalla non contestazione e quindi considerando le prescrizioni formulate dal medico competente (si allude ai



già citati docc. 2, 3 e 4 fasc. convenuta), sarebbe comunque decisivo osservare che le mansioni di portiere sono senz'altro “leggere” e non prevedono alcuna movimentazione manuale di carichi né tantomeno la guida di veicoli aziendali. Infine la questione della “*assenza di colleghi nelle immediate vicinanze*” avrebbe potuto essere risolta agevolmente con l'installazione, all'interno della postazione del sig. Minutiello, di un “comune” sistema di chiamata di emergenza.

Per concludere sul punto, deve ritenersi che il licenziamento sia illegittimo, in quanto avrebbe potuto essere evitato assegnando al sig. Minutiello mansioni di portiere addetto alla regolamentazione del flusso degli utenti in ingresso all'ecocentro.

2.3. Mansioni di prima accoglienza all'interno dello stabilimento

Non si tratta, però, dell'unico accomodamento ragionevole che Teknoservice s.r.l. avrebbe potuto adottare.

Infatti la ricollocazione del lavoratore sarebbe stata possibile pur prescindendo dalla creazione di una postazione lavorativa completamente nuova.

Giova citare testualmente le dichiarazioni dei testimoni chiamati a illustrare le modalità con cui, al tempo del licenziamento del sig. Minutiello e in epoca anteriore, avveniva l'accoglienza degli utenti all'interno dello stabilimento.

Il teste Marco Roberto, dipendente di Teknoservice s.r.l. con mansioni di capo servizio, è stato molto preciso sul punto:

“Quanto all'accoglienza clienti: c'è una postazione sul piazzale e una pesa, gli utenti arrivano e indicano su un foglio quello che devono scaricare,



l'addetto spiega dove andare a scaricare e inserisce i dati nel computer. Ci sono due addetti che si alternano, Minutiello affiancava l'addetto alla reception, mi sembra per meno di un mese ...

Una volta che l'utente viene smistato dalla reception principale, viene accolto da altri addetti che ricoprono postazioni collocate in corrispondenza dei singoli settori (vetro + carta + plastica; ingombranti + legno + indifferenziati; elettrodomestici). C'è un addetto alla reception per settore. Ditkov Nikita, Iorio Pierangelo (ingombranti + legno), Carta Cristian (elettrodomestici, pile e farmaci), Mario Fabiani (vetro carta e plastica). I primi sono due perché fanno i turni, gli altri sono "singoli"."

La distinzione con la posizione lavorativa di "portiere addetto alla regolamentazione del flusso degli utenti in ingresso all'ecocentro" emerge chiaramente dal seguente passaggio della testimonianza del sig. Roberto:

"Poi c'è una persona che sta al cancello all'ingresso, fa una sorta di servizio di portineria".

La stessa ricostruzione è stata offerta dal teste Mario Fabiani, dipendente di Teknoservice s.r.l. con mansioni di responsabile del servizio della carta e della plastica. Il sig. Fabiani ha reso le seguenti dichiarazioni:

"Quanto all'accoglienza: c'è un primo cancello dove c'è un addetto che fa il portiere ... Poi c'è la pesa, ci sono due addetti che si alternano. L'addetto smista l'utente e gli dice dove deve andare. Minutiello per qualche giorno è stato affiancato a questo addetto. Poi l'utente viene indirizzato ai singoli settori, dove c'è un altro addetto che lo accoglie. Sono: Iorio, Nikita, io giro dappertutto. Carta lavora in un magazzino dove arrivano gli utenti a



scaricare elettrodomestici e computer. Gli ingombranti vanno da Nikita e Iorio”.

Anche il teste Valter Zucca, dipendente di Teknoservice s.r.l. con mansioni di raccoglitore, ha delineato la netta distinzione tra “portierato” e accoglienza interna. Quanto alla prima postazione lavorativa, il teste ha dichiarato:

“All’ingresso ogni tanto c’è qualcuno, un specie di portiere che ferma gli utenti che arrivano fuori orario. Si chiama Miletta. In ogni caso la figura del “portiere” c’è da qualche mese, quando manca Miletta c’è qualcun altro che si alterna con lui”.

Quanto alla seconda postazione (accoglienza interna), il teste Zucca ha introdotto una importante precisazione:

“L’addetto all’accoglienza è anche addetto alla pesa (alla pesa andiamo sia noi che i privati). Questa postazione è quasi subito dopo l’ingresso”.

La distinzione tra mansioni di addetto all’accoglienza e addetto alla pesa emerge ancor più chiaramente dalla testimonianza della sig.ra Vanazi, dipendente di Teknoservice s.r.l. che nel corso del tempo è stata adibita a diverse mansioni e quindi ha conservato una importante memoria storica. La teste ha reso le seguenti dichiarazioni sul punto:

“Ho lavorato anche al peso quando ero in ASA (2010). Si tratta di una postazione collocata subito all’ingresso dell’isola ecologica, dove si fermano i furgoni della raccolta o e i privati per pesare i rifiuti di tutti i tipi (plastica, carta, ecc.). Non facevo tutto io, c’era un’altra persona che indirizzava gli utenti. Poi c’era un’altra persona alla piattaforma, subito prima dei bidoni, che indicava agli utenti dove gettare i rifiuti. Adesso alla



piattaforma mi sembra che ci siano due persone che fanno i turni. Non so se ci sia una sola persona alla pesa che fa anche da receptionist. L'addetto alla pesa nel 2010 aveva anche la funzione di bloccare il pubblico che entrava fuori orario”.

La teste ha precisato che, tra infortunio e congedo parentale, manca dal lavoro da luglio 2017, data comunque successiva al licenziamento del sig. Minutiello.

La distinzione tra “accoglienza di primo livello” e “accoglienza di secondo livello” è ben chiara anche nella testimonianza del sig. Pietro Grisolia, dipendente di Teknoservice s.r.l. con mansioni di raccoglitore e addetto al controllo del territorio. Il sig. Grisolia ha precisato che attualmente la prima mansione viene svolta dal sig. Mileti, mentre in passato era l'addetto alla pesa ad indirizzare in modo corretto l'utente appena entrato nell'isola ecologica. Il secondo livello è stato così descritto dal teste: *“Poi ai cassoni c'è un secondo livello di accoglienza, dove ci sono addetti che aiutano l'utente anche a sollevare i rifiuti, se necessario”.*

Alla luce del quadro tratteggiato dai testimoni, sembra da escludere la possibilità di un ricollocamento del sig. Minutiello con assegnazione delle mansioni di “accoglienza di secondo livello”, perché, almeno secondo alcuni testimoni (Roberto, Zucca e Grisolia), in caso di necessità il lavoratore addetto a questo compito deve compiere un importante sforzo fisico per aiutare l'utente nell'operazione di scarico dei rifiuti. Anche se, a voler essere precisi, dall'istruttoria non è emerso chiaramente che questo supporto debba essere assicurato pure in caso di deposito di rifiuti diversi



dagli “ingombranti” (ai quali sono addetti Ditkov e Iorio) e dagli elettrodomestici (ai quali era addetto Carta).

Comunque sia è provato che, alla data del licenziamento, le mansioni di accoglienza di secondo livello erano stabilmente assegnate a lavoratori diversi dal sig. Minutiello e che pertanto le relative posizioni lavorative erano “occupate”.

Per quanto riguarda l’accoglienza di primo livello, invece, è emerso che, prima della creazione della figura del “portiere” (che oggi opera in corrispondenza dell’ingresso dello stabilimento, in attesa della creazione del doppio accesso di cui si è dato conto nel paragrafo precedente), l’utente veniva ricevuto direttamente dall’addetto alla pesa, il quale – per usare le parole del teste Roberto – gli spiegava “*dove andare a scaricare*” e inseriva “*i dati nel computer*”.

La teste Vanazi, dal canto suo, ha spiegato che alla pesa si fermano “*i furgoni della raccolta e i privati per pesare i rifiuti di tutti i tipi (plastica, carta, ecc.)*” e ha chiarito che in passato, quando l’azienda faceva ancora capo ad ASA Servizi, l’addetto alla pesa era affiancato da “*un’altra persona che indirizzava gli utenti*”.

Tutto questo per dire che la frase con cui si è espresso il teste Zucca, secondo il quale “*L’addetto all’accoglienza è anche addetto alla pesa*”, non esprime una necessità ineluttabile. Siamo di fronte, infatti, ha due mansioni ben distinte: accoglienza dell’utente (che va indirizzato verso il luogo di scarico) e pesatura dei rifiuti. All’epoca del licenziamento del sig. Minutiello questi due compiti erano effettivamente accorpati, tant’è vero che i testi Roberto, Fabiani e Vanazi hanno riferito che degli stessi si



occupavano a turno due lavoratori, ma non si trattava di un modulo organizzativo da cui Teknoservice s.r.l. non poteva prescindere, perché quando lo stabilimento era gestito da ASA Servizi le mansioni *de quibus*, almeno per un certo periodo, erano affidati a distinti lavoratori.

Deve dunque concludersi nel senso che, per evitare il licenziamento, Teknoservice s.r.l. avrebbe potuto scorporare le due posizioni lavorative e affidare quella di accoglienza di primo livello al sig. Minutiello.

Non si trattava certo di una modifica implicante un onere sproporzionato o eccessivo, come risulta in primo luogo dal fatto che in passato questa soluzione organizzativa è stata concretamente praticata dal precedente gestore dell'isola ecologica, e soprattutto dal fatto che il sig. Minutiello è stato effettivamente adibito alla mansione di prima accoglienza – sia pure per due sole settimane – pochi mesi prima del licenziamento (la circostanza, capitolata al punto 13 del ricorso, non è stata specificamente contestata da Teknoservice s.r.l., e comunque ha trovato conferma nelle testimonianze dei sigg.ri Roberto e Fabiani).

In sintesi, l'azienda avrebbe semplicemente potuto redistribuire le mansioni affidate in via alternativa ai due lavoratori di cui hanno parlato i testi Roberto, Fabiani e Vanazi. Non è possibile obiettare che questa scelta organizzativa avrebbe avuto ripercussioni negative sulla posizione di questi due lavoratori, proprio perché l'odierno ricorrente sarebbe stato affiancato a costoro, senza sostituirli.

Qualora poi si obiettasse che questa opzione organizzativa si sarebbe rivelata antieconomica per l'azienda, sarebbe agevole replicare che, nel momento in cui si tratta di valutare l'adempimento dell'obbligo di adottare



“accomodamenti ragionevoli”, il datore di lavoro è tenuto ad uno sforzo superiore rispetto a quello dell’apprezzabile sacrificio, con il solo limite della sproporzione, il quale nella specie, per le sopra esposte considerazioni, non può ritenersi superato.

Si aggiunga che le mansioni di addetto alla prima accoglienza avrebbero potuto essere espletate dal sig. Minutiello con orario part-time.

Come ha chiarito la Corte di Giustizia nella più volte citata sentenza HK Danmark, la riduzione dell’orario di lavoro può configurare uno dei provvedimenti di adattamento imposti dalla direttiva 2000/78 (e, di conseguenza, anche dall’art. 3, comma 3-*bis*, d.lgs. 216/2003); ciò in virtù delle seguenti considerazioni:

“55 Dal momento che, da un lato, il considerando 20 della direttiva 2000/78 e l’articolo 2, quarto comma, della Convenzione dell’ONU prevedono soluzioni non solo materiali, ma anche organizzative, e, dall’altro, il termine «ritmo» di lavoro deve essere inteso come la cadenza o la velocità con cui si effettua il lavoro, non può escludersi che una riduzione dell’orario di lavoro possa costituire uno dei provvedimenti di adattamento di cui all’articolo 5 di detta direttiva.

56 Occorre del resto rilevare che l’elenco delle misure appropriate destinate a sistemare il luogo di lavoro in funzione dell’handicap, contenuto al considerando 20 della direttiva 2000/78, non è tassativo e, pertanto, la riduzione dell’orario di lavoro, anche qualora non ricada nel concetto di «ritmi di lavoro», può essere considerata un provvedimento di adattamento ai sensi dell’articolo 5 di detta direttiva, ove la riduzione dell’orario di



lavoro consenta al lavoratore di poter continuare a svolgere il suo lavoro, conformemente alla finalità perseguita da tale articolo”.

Ebbene: nell’atto introduttivo del presente giudizio il sig. Minutiello ha prospettato una serie di accorgimenti organizzativi idonei a conservare il suo posto di lavoro, tra i quali figura anche – per l’appunto – la trasformazione dell’orario di lavoro da *full-time* a *part-time*.

L’assegnazione dell’odierno ricorrente alla “prima accoglienza” con orario part-time avrebbe avuto un’incidenza davvero trascurabile sull’assetto organizzativo dell’azienda, tanto più che, lo si ribadisce, in passato questi compiti erano distinti da quelli di “addetto alla pesa” in senso stretto e che, prima di essere licenziato, il sig. Minutiello è stato concretamente adibito agli stessi.

Dal punto di vista della compatibilità delle condizioni di salute del lavoratore con le mansioni *de quibus* è sufficiente richiamare quanto si è detto nel paragrafo precedente, con una significativa aggiunta: il problema (posto dal medico competente) della necessaria presenza di colleghi nelle immediate vicinanze sarebbe stato superabile in modo ancor più agevole, perché il sig. Minutiello avrebbe lavorato a stretto contatto con l’addetto alla pesa.

In conclusione, il licenziamento intimato all’odierno ricorrente si appalesa illegittimo anche per la sua mancata adibizione a compiti di prima accoglienza all’interno dello stabilimento di Castellamonte.

2.4. Ulteriori mansioni alle quali avrebbe potuto essere adibito il sig. Minutiello



Come si è detto, il sig. Minutiello – nell’atto introduttivo del giudizio – ha prospettato una serie di soluzioni organizzative che, a suo parere, avrebbero permesso di evitare il licenziamento.

Accertata la possibilità di adottare gli “accomodamenti ragionevoli” individuati nei paragrafi 2.2 e 2.3, ogni ulteriore questione deve ritenersi assorbita.

Vista la delicatezza della questione trattata, è comunque opportuno chiarire che non sembra peregrina nemmeno l’ipotesi di una ricollocazione del ricorrente come addetto alla cernita della carta o della plastica, visto che i testi Vitton Mea e Vanazi, che hanno svolto tali mansioni fianco a fianco con il sig. Minutiello, non hanno notato alcuna difficoltà da parte sua nel disbrigo dei relativi compiti. L’affaticamento segnalato dal sig. Fabiani potrebbe essere risolto collocando una sedia in prossimità della postazione lavorativa del sig. Minutiello, accorgimento che senz’altro rientra nella nozione di “accomodamento ragionevole” e che oltretutto è stato concretamente adottato, come emerge dalla testimonianza dello stesso sig. Fabiani e da quella del sig. Roberto.

Tuttavia per fugare ogni dubbio in proposito sarebbe stato necessario licenziare una consulenza tecnica d’ufficio finalizzata ad accertare le condizioni del lavoratore, soprattutto dal punto di vista degli eventuali problemi di perdita dell’equilibrio. Questo perché l’addetto alla cernita della carta lavora in prossimità della “fossa” raffigurata nelle fotografie nn. 1, 4 e 5, prodotte da parte convenuta in data 23/3/2018, mentre l’addetto alla cernita della plastica, per raggiungere la sua postazione lavorativa, deve



salire la ripida scala che si vede raffigurata nelle fotografie nn. 2 e 3, anch'esse prodotte dalla convenuta il 23/3/2018.

La questione potrà essere risolta in sede di visita medica del lavoratore all'atto della sua riammissione in servizio.

3. La tutela reale attenuata

3.1. Premessa

Accertata la illegittimità del licenziamento, si tratta ora di individuare il tipo di tutela erogabile in favore del sig. Minutiello e quindi di prendere posizione in ordine all'applicabilità al caso di specie della tutela reale attenuata di cui all'art. 18, comma 4, St. Lav. (richiamato dal comma 7 del medesimo articolo con riferimento all'ipotesi di "manifesta insussistenza" del giustificato motivo oggettivo) oppure della tutela risarcitoria forte di cui all'art. 18, comma 5, St. Lav. (nel cui ambito di applicazione ricadono le "altre ipotesi" di riscontrata mancanza del giustificato motivo oggettivo).

Si rammenti che il settimo comma del nuovo testo dell'art. 18 Stat. Lav. – come novellato dalla legge 92/2012 – stabilisce, richiamando testualmente il quarto comma del medesimo art. 18, che il giudice "può" annullare il licenziamento e condannare il datore di lavoro alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro "*nell'ipotesi in cui accerti la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo*", mentre "*nelle altre ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del predetto giustificato motivo*" il giudice deve applicare "*la disciplina di cui al comma 5*", e cioè disporre il pagamento dell'indennità risarcitoria onnicomprensiva (da quantificarsi in una somma compresa tra 12 e 24 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto).



Si pongono quindi tre questioni: in primo luogo occorre chiarire cosa significa “insussistenza del giustificato motivo oggettivo”; in secondo luogo si pone il problema di individuare quali siano gli indici per qualificare come “manifesta” l’insussistenza del giustificato motivo oggettivo; in terzo luogo occorre comprendere quali siano i criteri in base ai quali il giudice “può” applicare la tutela reale dopo avere accertato la manifesta ingiustificatezza del licenziamento.

3.2. Il fatto giuridico

Sotto il primo profilo si osserva che l’indagine demandata al giudice non è riducibile alla semplice verifica circa la sussistenza o meno del fatto materiale, cioè delle “ragioni inerenti all’attività produttiva, all’organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa” di cui all’art. 3, legge 604/1966. Infatti, come giustamente rileva un’autorevole dottrina, contrasta con la stessa logica giuridica l’idea che un fatto materiale, nella sua essenza fenomenologica e al di fuori della qualificazione operata da una norma, possa rilevare nel mondo giuridico. Il fatto non è giuridicamente apprezzabile se non attraverso la sua valutazione alla luce di parametri normativi, altrimenti il fatto stesso (cioè la sua esistenza) è per definizione irrilevante per il diritto, e non può assurgere a criterio di selezione dell’effetto.

Si precisa che la dottrina ha affrontato questa problematica con specifico riferimento all’ipotesi (presa in considerazione dall’art. 18, comma 4, Stat. Lav.) di mancata integrazione della giusta causa o del giustificato motivo soggettivo “per insussistenza del fatto contestato”, ma il problema della distinzione tra “fatto materiale” e “fatto giuridico” si pone anche con



riferimento all'ipotesi – che viene in rilievo in questa sede – di (manifesta) insussistenza del giustificato motivo oggettivo.

Le sopra esposte considerazioni inducono quindi a respingere la tesi per cui, nella “sotto-materia” del licenziamento per ragioni economiche, rileverebbe l'insussistenza del mero fatto materiale indicato dal datore di lavoro come presupposto del recesso; al contrario, può parlarsi di “insussistenza del giustificato motivo oggettivo” in caso di mancanza di anche uno soltanto degli elementi che compongono la nozione giuridica di giustificato motivo oggettivo, cioè: 1) le *“ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa”*; 2) il nesso causale tra queste ragioni ed il licenziamento; 3) l'impossibilità di *repechage* (in caso di licenziamento per soppressione del posto di lavoro).

L'accoglimento della tesi del “fatto giuridico” si impone non solo per le esigenze di carattere logico sopra prospettate, ma anche in virtù della necessità di assicurare un'interpretazione costituzionalmente orientata del sistema.

Si tratta della stessa esigenza riscontrabile nell'ambito della “sotto-materia” del licenziamento disciplinare. In questo settore, l'accoglimento della tesi del “fatto materiale” conduce ad esiti palesemente inaccettabili, come riconoscere la sola indennità al lavoratore licenziato per comportamenti giuridicamente irrilevanti (come non aver sorriso al datore di lavoro: fatto materiale magari effettivamente verificatosi, ma privo di rilievo sul piano giuridico).

Ma anche nella “sotto-materia” del licenziamento per motivi economici si perverrebbe ad esiti parimenti inaccettabili: in dottrina si è rilevato che, se si



adottasse un'interpretazione strettamente letterale e si intendesse il fatto come “accadimento empirico”, si perverrebbe all'assurda conclusione di precludere la tutela reintegratoria nel caso di cessazione di un appalto pur a fronte della contemporanea esistenza o dell'imminente inizio di altre commesse a cui adibire il dipendente, con conseguente legittimazione del mero arbitrio datoriale.

In un'ipotesi di tal fatta, precludere già in astratto (in virtù dell'adesione alla tesi del “fatto materiale”) l'accesso alla tutela reintegratoria si tradurrebbe, a parere dello scrivente, in una violazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale desumibile dall'art. 24, comma 1, Cost., considerato anche che non necessariamente la palese mancanza del nesso causale o la lampante violazione dell'obbligo di *repechage* si sostanziano in un licenziamento discriminatorio o ritorsivo, e quindi in questi casi non è automaticamente possibile attivare la tutela reale piena di cui al primo comma del novellato art. 18 Stat. Lav.

Si badi: non si vuole sostenere che la tutela reale (attenuata) sia attivabile ogniqualvolta non risulti integrato anche soltanto uno degli elementi costitutivi della nozione giuridica di “giustificato motivo oggettivo” (sul punto si rimanda a quanto si dirà *infra* circa gli ulteriori presupposti in presenza dei quali il lavoratore può ottenere il risarcimento in forma specifica nell'ambito del licenziamento per motivi economici); piuttosto si intende rilevare la sospetta incostituzionalità di un'opzione ermeneutica che, muovendo dalla tesi del “fatto materiale”, precluderebbe a priori, cioè a prescindere da qualsiasi valutazione del caso concreto, la possibilità per il



giudice di condannare il datore di lavoro a riammettere in servizio il lavoratore.

Ecco perché si impone l'adesione alla tesi del "fatto giuridico".

Di qui la necessità di attribuire rilevanza alla violazione dell'obbligo di *repechage*, la cui inclusione nella nozione di "fatto giuridico" è stata di recente espressamente riconosciuta dalla Cassazione (cfr. Cass., sentenza n. 10435/2018).

Con riferimento al caso di specie si osserva allora che il licenziamento del sig. Minutiello pur a fronte della possibilità di una sua diversa ricollocazione lavorativa nel senso sopra chiarito comporta la configurabilità di un'ipotesi di "insussistenza del giustificato motivo oggettivo".

Il fatto che ai fini della presente decisione venga in rilievo il concetto di "accomodamento ragionevole" non muta i termini della questione: tale concetto implica semplicemente una dilatazione dell'obbligo di *repechage* al di là del limite dell'apprezzabile sacrificio insito nel principio di buona fede, ma ciò non toglie che la mancata adozione di un accomodamento ragionevole si traduca pur sempre nella violazione del predetto obbligo inteso in senso conforme alla normativa di fonte comunitaria posta a tutela del lavoratore disabile.

3.3. Presupposti della reintegrazione

Le sopra esposte considerazioni, di per sé sole, non consentono al sig. Minutiello di beneficiare della tutela reale attenuata di cui al combinato disposto dei commi 7 e 4 dell'art. 18 Stat. Lav.

Infatti, come si è detto, a tal fine è necessario innanzitutto che l'insussistenza del giustificato motivo oggettivo sia "manifesta"; in secondo



luogo, anche qualora tale condizione sia soddisfatta, il giudice non è obbligato a disporre la reintegra, ma è soltanto investito di un potere discrezionale: il che significa che, se intende fare uso di tale potere, deve motivare adeguatamente la sua scelta.

Adoperando l'espressione "manifesta insussistenza", il legislatore del 2012 ha evidenziato l'intenzione di ridurre al massimo l'applicazione della tutela reale, ritenuta particolarmente inadatta al licenziamento economico.

Non è casuale la scelta di precisare nel solo comma 7 che il giudice "può applicare" la tutela reale, mentre in tutte le altre ipotesi di ingiustificatezza qualificata il giudice "applica" obbligatoriamente tale tutela.

In sostanza, il necessario rispetto della volontà del legislatore impone di circoscrivere l'operatività della tutela reale attenuata, nelle ipotesi di licenziamento per motivi economici, ai soli casi più gravi, cioè nei soli casi in cui il riconoscimento della mera tutela risarcitoria si porrebbe in distonia con il principio della effettività della tutela giurisdizionale.

In quest'ottica, l'aggettivo "manifesta" deve essere inteso come sinonimo di "lampante", "evidente". Secondo la sopra citata sentenza n. 10435/2018 della Cassazione, la "manifesta insussistenza" va riferita ad una evidente, e facilmente verificabile sul piano probatorio, assenza dei presupposti di legittimità del licenziamento, che consenta di apprezzare la chiara pretestuosità del recesso.

Inoltre il potere di disporre la reintegra può essere esercitato dal giudice solo in presenza di particolari circostanze che connotano il caso concreto e che inducono a ritenere inadeguato il risarcimento per equivalente. In verità la sentenza n. 10435/2018 della Cassazione ha offerto una lettura della norma



incentrata non tanto sul principio di effettività della tutela giurisdizionale, quanto piuttosto sull'assetto organizzativo datoriale. Il criterio-guida idoneo a governare la discrezionalità del giudice di merito sarebbe quello della eccessiva onerosità, nel senso che sarebbe necessario verificare *“se la tutela reintegratoria sia, al momento di adozione del provvedimento giudiziale, sostanzialmente incompatibile con la struttura organizzativa medio tempore assunta dall'impresa”*. In quest'ottica, *“Una eventuale accertata eccessiva onerosità di ripristinare il rapporto di lavoro può consentire, dunque, al giudice di optare - nonostante l'accertata manifesta insussistenza di uno dei due requisiti costitutivi del licenziamento - per la tutela indennitaria”*.

Nel caso di specie si riscontrano tutte le condizioni alle quali il sistema subordina l'erogazione della tutela reale attenuata.

Dal punto di vista della “manifesta insussistenza” del giustificato motivo oggettivo, si osserva che la mancata adozione degli accomodamenti ragionevoli è lampante ed evidente, quindi facilmente verificabile sul piano probatorio: per conservare il posto del lavoratore disabile sarebbe stato sufficiente assegnargli una delle mansioni da lui già ricoperte nel periodo immediatamente precedente al licenziamento.

Sussistono anche i presupposti per l'esercizio del potere discrezionale di reintegrazione.

Se ci si colloca nell'ottica dell'effettività della tutela giurisdizionale, la conclusione è imposta dalla stessa Carta costituzionale. Se è vero che l'art. 4 Cost. non comporta il diritto al posto di lavoro né il diritto alla sua conservazione, è altrettanto vero che il lavoro non è solo un mezzo di sostentamento economico, ma soprattutto una forma di accrescimento della



professionalità e di affermazione dell'identità personale e sociale dell'individuo, tutelata e dagli artt. 1, 2 e 4 Cost. Se un lavoratore viene illegittimamente licenziato in ragione di una supposta inidoneità fisica impeditiva dello svolgimento di qualsiasi mansione, si pone un'esigenza particolarmente pregnante di tutelarlo con la *restitutio in integrum*, perché solo riammettendolo al lavoro lo si mette in condizione di esplicitare pienamente la sua personalità, mentre il riconoscimento di una indennità risarcitoria finirebbe per avallare la illegittima scelta datoriale.

Alla stessa conclusione si perviene anche se ci si pone nell'ottica della "eccessiva onerosità". La riammissione in servizio del sig. Minutiello non è eccessivamente onerosa per Teknoservice s.r.l., perché, se è vero che l'azienda ha già ricollocato numerosi lavoratori con limitazioni fisiche (cfr. in particolare testimonianza del sig. Grisolia), è anche vero che, alla luce delle modifiche organizzative imposte dall'autorità amministrativa, verranno create due posizioni lavorative di addetto all'accoglienza degli utenti, una delle quali ben potrà essere assegnata all'odierno ricorrente.

Queste considerazioni inducono il Giudice a fare uso del potere discrezionale demandatogli dall'art. 18, comma 7, Stat. Lav. e a disporre la reintegrazione del sig. Minutiello nel posto di lavoro.

4. Conclusioni

Accertato che il sig. Minutiello ha diritto all'erogazione della tutela reale attenuata, innanzitutto il licenziamento intimato il 16/3/2017 va annullato e Teknoservice s.r.l. va condannata a reintegrare il ricorrente nel posto di lavoro.



Si tratta poi di quantificare l'indennità risarcitoria secondo i dettami dell'art. 18, comma 4, Stat. Lav.

Da questo punto di vista è sufficiente osservare che l'ultima retribuzione globale di fatto è stata calcolata nel ricorso in euro 2.143,70 lordi e sul punto non si registra contestazione da parte di Teknoservice s.r.l.

Ne consegue che la convenuta deve essere condannata al pagamento in favore della ricorrente di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello della effettiva reintegrazione, oltre agli interessi al tasso legale sui singoli ratei via via rivalutati secondo gli indici ISTAT dalla data delle rispettive scadenze al saldo, con la precisazione che l'ultima retribuzione globale di fatto percepita dal sig. Minutiello deve intendersi quantificata nella somma mensile lorda di euro 2.143,70 e che la somma complessiva da erogare a titolo di indennità risarcitoria non potrà superare le 12 mensilità della retribuzione globale di fatto così come determinata nella presente decisione. Giova precisare che Teknoservice s.r.l. non ha svolto alcuna allegazione né formulato offerte di prova in relazione all'*aliunde perceptum* e all'*aliunde percipiendum*.

L'applicazione dell'art. 18, comma 4, St. Lav. comporta anche la condanna di Teknoservice s.r.l. alla ricostruzione integrale della posizione previdenziale del sig. Minutiello, dovendo il datore di lavoro versare i contributi previdenziali e assistenziali dal giorno del licenziamento fino a quello della effettiva reintegrazione, maggiorati degli interessi nella misura legale senza applicazione di sanzioni per omessa o ritardata contribuzione.

6. Spese di lite



Le spese di lite seguono la soccombenza e, trattandosi di causa dal valore indeterminabile, il compenso del difensore del sig. Minutiello va liquidato avendo riguardo ai parametri stabiliti dal D.M. 55/2014 per le cause di lavoro di valore compreso tra euro 26.000,01 ed euro 52.000,00 (arg. *ex art.* 5, comma 6, D.M. cit.).

Alla luce delle caratteristiche delle questioni di fatto e di diritto trattate (di non eccezionale complessità, ma al tempo stesso tutt'altro che di elementare soluzione) si stima congruo riconoscere importi corrispondenti ai valori medi previsti per le fasi di studio, introduttiva e decisionale, e quindi rispettivamente euro 3.090,00, euro 1.145,00 ed euro 2.790,00. Allo stesso esito si perviene con riferimento alla fase istruttoria (per la quale quindi si liquidano euro 1.790,00), perché questo segmento processuale si è articolato in due udienze caratterizzate dall'escussione di numerosi testimoni.

Si perviene così alla liquidazione della complessiva somma di euro 8.815,00, alla quale vanno aggiunti il 15% per rimborso spese *ex art.* 2, comma 2, D.M. 55/2014 e di I.V.A. e C.P.A. come per legge.

P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando ai sensi dell'art. 1, comma 49 della legge 92/2012:

Dichiara illegittimo, e quindi annulla, il licenziamento intimato da Teknoservice s.r.l. al sig. Minutiello il 16/3/2017; conseguentemente:

- dichiara Teknoservice s.r.l. tenuta, e per l'effetto la condanna, a reintegrare il sig. Minutiello nel posto di lavoro;
- dichiara Teknoservice s.r.l. tenuta, e per l'effetto la condanna, al pagamento in favore del sig. Minutiello di un'indennità risarcitoria



commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello della effettiva reintegrazione, oltre agli interessi al tasso legale sui singoli ratei via via rivalutati secondo gli indici ISTAT dalla data delle rispettive scadenze al saldo, con la precisazione che l'ultima retribuzione globale di fatto percepita dal sig. Minutiello deve intendersi quantificata nella somma mensile lorda di euro 2.143,70 e che la somma complessiva da erogare a titolo di indennità risarcitoria non potrà superare le 12 mensilità della retribuzione globale di fatto così come determinata nella presente decisione;

- dichiara Teknoservice s.r.l. tenuta, e per l'effetto la condanna, al versamento dei contributi assistenziali e previdenziali spettanti al sig. Minutiello (maggiorati degli interessi legali) nella misura dovuta per legge, avendo riguardo al periodo compreso tra la data del licenziamento e la data dell'effettiva reintegrazione.

Condanna Teknoservice s.r.l. alla integrale rifusione delle spese di lite sostenute dal sig. Minutiello, che si liquidano in euro 8.815,00 per compenso professionale *ex* D.M. 55/2014, oltre al 15% per rimborso spese *ex* art. 2, comma 2, D.M. cit., I.V.A. e C.P.A. come per legge.

Incarica la Cancelleria di comunicare la presente ordinanza alle parti.

Ivrea, 6/7/2018

Il Giudice del Lavoro
(dott. Matteo Buffoni)



agito in netto contrasto con i fondamentali principi di correttezza e buona fede previsti dall'art. 1175 c.c..

Tentata inutilmente la composizione bonaria della controversia, [REDACTED] ha proposto l'odierno giudizio, chiedendo l'accoglimento delle seguenti conclusioni:

Nel merito: 1. accertare e dichiarare la nullità e/o la illegittimità della trattenuta operata dalla convenuta nei confronti del ricorrente a titolo di "Mancato preavviso"; 2. conseguentemente, ordinare alla convenuta di restituire la somma trattenuta, condannandola a pagare l'importo di € 13.430,98, oltre a interessi e rivalutazione dal dovuto al saldo; 3. condannare la convenuta alla refusione delle spese e dei compensi professionali.

Si è costituita in giudizio [REDACTED], negando fermamente di avere posto in essere un trattamento discriminatorio nei confronti dell'[REDACTED], come dimostrato dal fatto che, proprio in ragione delle sue condizioni di salute, gli aveva consentito, sin dall'inizio della pandemia da Covid-19, di prestare attività lavorativa in regime di *smart working*, nonostante la sua funzione di *responsabile della qualità*.

La resistente ha inoltre lamentato che, non essendo stata resa edotta dal lavoratore della malattia di cui egli era affetto -neppure tramite i certificati medici -che non ne recavano indicazione- essa non poteva sapere che la malattia del lavoratore fosse connessa alla sua invalidità, perciò aveva confidato nel rientro al lavoro dell'[REDACTED], al fine di procedere con un adeguato passaggio di consegne.

Infine, a detta della difesa di parte resistente, la tesi avversa implicherebbe una discriminazione in favore dei lavoratori, la cui invalidità è stata riconosciuta dall'INPS ed in pregiudizio dei lavoratori affetti da patologie non associate al riconoscimento di invalidità.

Nella convinzione di aver agito legittimamente, la società convenuta ha chiesto l'integrale rigetto delle domande attoree.

Esperito inutilmente il tentativo di conciliazione e ritenuto non necessario procedere ad istruttoria, all'udienza del 30.1.2023 le parti hanno discusso la causa, che è stata decisa come da dispositivo, con fissazione del termine per il deposito della presente sentenza.

2. Il ricorso merita accoglimento.

È vero che il ricorrente, durante il periodo di preavviso, non ha prestato attività lavorativa a causa della malattia, ma -anche a volere ammettere che la malattia sospenda il periodo del preavviso- in tal caso il datore di lavoro avrebbe dovuto comunicare al lavoratore la nuova data di cessazione del rapporto. Ciò non ha fatto la società e tanto è comprovato sia dalla mancanza di allegazioni sul punto, sia dal fatto che -come si desume dalle comunicazioni via chat prodotte sub doc. n. 2 della stessa resistente- fu una sorpresa per l'██████████ verificare, dal cedolino del mese di settembre 2021, la trattenuta di oltre tredicimila euro, di cui egli chiedeva pertanto conto in data 19.10.2021, cioè dopo la cessazione del rapporto.

Non avendo la società comunicato alcunché al lavoratore, deve ritenersi che il datore di lavoro abbia tacitamente rinunciato al prolungamento del periodo di preavviso, scegliendo di fare cessare il rapporto alla scadenza naturale del preavviso, come inizialmente comunicato dal lavoratore.

Una diversa interpretazione della condotta del datore di lavoro -che a fronte della lunga malattia del lavoratore non ha ritenuto di esplicitargli la prosecuzione del rapporto per la mancanza del preavviso lavorato- sarebbe inconciliabile con il dovere di esecuzione del contratto secondo buona fede e correttezza. Tale dovere, per effetto degli artt. 1375 e 1175 c.c., assurge a principio generale, su cui deve informarsi la condotta delle parti contrattuali. Esso trova significative applicazioni, anche nel rapporto di lavoro, con riferimento a condotte concludenti, che possano ingenerare nella controparte un legittimo affidamento.

I giudici di legittimità in più di un'occasione hanno osservato che “dall’art. 1175, che assoggetta il creditore alle regole della correttezza, e dall’art. 1375 c.c., che impone alle parti di eseguire il contratto secondo buona fede, nonché dalla comparazione con ordinamenti prossimi al nostro, la giurisprudenza di questa Corte da tempo valuta il comportamento del contraente titolare di una situazione creditoria o potestativa, che per lungo tempo trascuri di esercitarla e generi così un affidamento della controparte nell’abbandono della relativa pretesa, come idoneo a determinare la perdita della stessa

situazione soggettiva. La dottrina tedesca parla in questi casi di Verwirkung come di una sorta di decadenza derivante dal divieto, più familiare agli ordinamenti latini, di venire contra factum proprium. Si ha così la preclusione di un'azione, o eccezione, o più generalmente di una situazione soggettiva di vantaggio, non per illiceità o comunque per ragioni di stretto diritto, ma a causa di un comportamento del titolare, prolungato, non conforme ad essa e perciò tale da portare a ritenere l'abbandono. Che poi di questo comportamento rilevi l'atteggiamento soggettivo di rinuncia tacita ovvero la valutazione oggettiva, resa dall'interprete, di non conformità alla correttezza o alla buona fede, tutto ciò non importa ai fini del risultato finale di perdita della situazione di vantaggio" (cfr. sentt. Cass. nn. 9924/2009, 6900/2016).

Calati questi principi nella fattispecie in esame, non si può che ritenere la concludenza della condotta datoriale, laddove, a fronte di dimissioni rassegnate dal lavoratore in data 3.5.2021 per la data del 1.9.2021 e di una malattia che perdurava dal mese di gennaio 2021, protraendosi anche per tutto il periodo di preavviso, non ha mai ritenuto di comunicare al lavoratore la pretesa del preavviso lavorato e quindi sostanzialmente il differimento della data di cessazione del rapporto.

Tale comunicazione infatti, proprio nell'ottica della correttezza e buona fede dei rapporti contrattuali, sarebbe stata doverosa, a maggior ragione ove si consideri l'agire del lavoratore, il quale -tenendo in seria considerazione anche gli interessi della società- aveva deciso di dimettersi ben prima del termine del periodo di comporto, dando un lungo preavviso. A fronte di ciò, è pressoché pacifico che l'██████████ fosse ben lungi dal temere che l'azienda avrebbe preteso il preavviso lavorato e che in lui si fosse invece ingenerato un legittimo affidamento sul mantenimento della data, inizialmente comunicata, quale momento di cessazione del rapporto di lavoro.

Tanto considerato, va accertata l'illegittimità della pretesa datoriale di trattenere l'importo corrispondente all'indennità di mancato preavviso dalle competenze di fine rapporto spettanti al ricorrente, sicché detto importo va senz'altro restituito al lavoratore, maggiorato di interessi e rivalutazione monetaria.

3. Ma la pretesa della convenuta risulta infondata anche per un'altra ragione, che esula dalla valenza della sua condotta come rinuncia tacita al preavviso.

Il trattenimento dell'indennità sostitutiva del preavviso al dipendente che non ha potuto lavorare nel periodo di preavviso, integra infatti gli estremi di una discriminazione *indiretta* nei confronti del lavoratore dimissionario che sia affetto da malattia equiparabile a disabilità.

Ai sensi dell'art. 2110, comma 2, c.c., il lavoratore in malattia non può essere *licenziato* fino alla cessazione dello stato morboso o alla scadenza del periodo di comporto e da tale regola, che trova applicazione anche nel caso di *dimissioni*, è stato ricavato il principio generale per cui la malattia *sopravvenuta* durante il periodo di preavviso ne sospende il decorso (sul punto, V. Cass., 11 aprile 2005, n. 7369 e Cass., 27 giugno 2003, n. 10272).

Tuttavia, nel caso di specie va considerato che si tratta non di un lavoratore affetto da una *generica malattia sopravvenuta* durante il periodo di preavviso, bensì di un lavoratore riconosciuto *invalido civile e portatore di handicap*, che -a causa del proprio stato di invalidità- ha deciso di dimettersi, dando un preavviso, comunicato con largo anticipo, addirittura superiore ai tre mesi previsti dall' art. 1, Sez. IV, Titolo VIII del CCNL di riferimento.

Una situazione di tal fatta merita un trattamento peculiare.

Giova ricordare, anzitutto, che il d.lgs. n. 216 del 2003, recependo la Direttiva comunitaria 2000/78/CE, vieta le discriminazioni e distingue tra discriminazione *diretta* (quando una persona viene posta in una situazione meno favorevole di un'altra) ed *indiretta* (quando l'adozione di un criterio "*apparentemente neutro*" finisce per porre alcuni lavoratori in una posizione di svantaggio rispetto agli altri).

Sia il diritto dell'Unione, sia la CEDU - che nell'ordinamento rivestono una posizione di primazia *ex art. 117, comma 1, Cost.* - riconoscono, dunque, che la discriminazione può derivare, oltre che dal trattamento diverso di persone che si trovano in una situazione analoga, anche da un medesimo trattamento riservato a persone che si trovano in situazioni diverse.

In merito alla nozione di “*handicap*”, poi, alla luce del rapporto tra fonti internazionali ed interne è pacifico che tale nozione si debba ricavare dalle prime e dalla giurisprudenza dell’Unione, con l’obbligo di interpretare il diritto interno alla luce sia della Direttiva 2000/78/CE, che della Convenzione delle Nazioni Unite sulle persone con disabilità, approvata dall’Unione con decisione 2010/48/CE del Consiglio del 26 novembre 2009. Conseguentemente, la nozione di “*handicap*” di cui alla Direttiva 2000/78/CE 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 (...)*” (cfr. punto 47 della sentenza della Corte di Giustizia del 11.4.2013 in C. -335-11 e 337/11 HK Danmark; conf. Corte di Giustizia del 9.3.2017 - Milkova, C-406/15).

Questi principi sono stati ripetutamente richiamati dalla Corte di Cassazione, che ha rilevato come la nozione di “*disabilità*” debba essere ricostruita in conformità al contenuto della Direttiva n. 2000/78/CE, sulla parità di trattamento in materia di occupazione, quindi quale limitazione, risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche durature che, in interazione con barriere di diversa natura, possono ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori (sul punto, v. sentt. Cass. nn. 29289/2019, 13649/2019, 6798/2018).

Occorre considerare altresì che, secondo il diritto dell’Unione Europea, come confermato dal legislatore nazionale, la discriminazione rileva oggettivamente, sicché è del tutto irrilevante, ai fini del riconoscimento della discriminatorietà di un atto, l’intento soggettivo dell’agente.

Sul punto, la Suprema Corte ha così chiarito: “*la discriminazione -diversamente dal motivo illecito- opera obiettivamente, ovvero in ragione del mero rilievo del*

Tale circostanza emerge chiaramente dai certificati medici e dalle buste paga (rispettivamente prodotti sub docc. nn. 13 e 9 allegati al ricorso) ed è quindi del tutto inverosimile che il datore di lavoro ignorasse la malattia che affliggeva l' [REDACTED]. Del resto è la stessa [REDACTED] ad ammettere nella propria memoria di costituzione di aver sempre tutelato il ricorrente in ragione del suo particolare stato di salute, concedendogli la possibilità di lavorare in *smart working* sin dall'inizio della pandemia di Covid-19 (sul punto, v. pag. 3 memoria di parte resistente).

Inoltre la parte resistente non ha mai contestato di essere stata a conoscenza del trapianto a cui fu sottoposto il lavoratore.

Né coglie nel segno l'eccezione formulata dalla società nel proprio atto di costituzione in giudizio, quando assume che *“seguendo la prospettazione avversaria secondo cui il lavoratore disabile ha diritto di percepire l'indennità di mancato preavviso, in caso di malattia durante tale periodo, sarebbe gravemente discriminatoria nei confronti di coloro che, pur avendo determinate patologie, non sono stati dichiarati invalidi dall'INPS”* (cfr. pag. 8 memoria di parte resistente).

Infatti, come premesso, l'attestazione di invalidità dell'INPS è superflua ai fini dell'accertamento della discriminazione, ove la malattia sia grave a tal punto che, secondo la richiamata giurisprudenza europea, meriti di essere considerata *disabilità*.

In definitiva le domande attoree meritano senz'altro accoglimento e [REDACTED] [REDACTED] va condannata a restituire ad [REDACTED] la somma pari a € 13.430,98, oltre interessi e rivalutazione dal dovuto al saldo.

Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Giudice, definitivamente pronunciando nel merito del giudizio proposto da [REDACTED] nei confronti di [REDACTED], ogni diversa istanza ed eccezione disattesa od assorbita,
condanna



████████████████████ perché venissero accolte le seguenti domande:

“NEL MERITO

1. accertare e dichiarare la nullità e/o la illegittimità e comunque la inefficacia del licenziamento inflitto dalla convenuta nei confronti della ricorrente;

2. conseguentemente:

a) in via principale, ordinare alla convenuta ex art. 2 D. Lgs. 23/2015 l'immediata reintegrazione dell'esponente nel suo posto di lavoro, condannandola altresì a risarcire il danno nella misura mensile di € 366,76 (o nella diversa misura ritenuta di giustizia), dal giorno del licenziamento a quello della effettiva reintegrazione, oltre a interessi e rivalutazione dal dovuto al saldo;

b) in via subordinata, condannare la convenuta a corrispondere all'esponente l'indennità ex art. 3 c. 1 D. Lgs. 23/15, nella misura compresa tra un minimo di 6 e un massimo di 36 mensilità (rispettivamente pari a € 2.200,55 e a € 13.203,30), oltre interessi e rivalutazione dal dovuto al saldo;

c) in via ulteriormente subordinata, condannare la convenuta a corrispondere all'esponente l'indennità ex artt. 9 e 3 c. 1 D. Lgs. 23/15, nella misura compresa tra 3 e 6 mensilità (rispettivamente pari a € 1.100,27 e a € 2.200,55), oltre interessi e rivalutazione dal dovuto al saldo;

3. condannare la convenuta alla refusione delle spese e dei compensi professionali”.

Si è costituita ritualmente la società resistente contestando in fatto e in diritto le pretese avversarie di cui ha chiesto l'integrale rigetto.

All'esito di confronto con le rispettive difese in punto di competenza territoriale del Tribunale di Milano adito, fallita la conciliazione, la causa è stata ritenuta matura per la decisione senza necessità di incombenti istruttori.



particolare protezione ai lavoratori portatori di potenziali fattori di discriminazione o, comunque, che si trovino in condizioni personali destinate a incidere negativamente sulla loro vita professionale,

Si rammentano, quindi, le linee portanti della Direttiva 2000/78/CE – *“quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro”* – che rammenta come *“la messa a punto di misure per tener conto dei bisogni dei disabili sul luogo di lavoro [abbia] un ruolo importante nel combattere la discriminazione basata sull’handicap”* (Sedicesimo Considerando), come *“il divieto di discriminazione [non debba] pregiudicare il mantenimento o l’adozione di misure volte a prevenire o compensare gli svantaggi incontrati da un gruppo di persone... avente determinati handicap...”* (Ventiseiesimo Considerando), come *“nella sua raccomandazione 86/379/CEE del 24 luglio 1986 concernente l’occupazione dei disabili nella Comunità, il Consiglio [abbia] definito un quadro orientativo in cui si elencano alcuni esempi di azioni positive intese a promuovere l’occupazione e la formazione di portatori di handicap, e nella sua risoluzione del 17 giugno 1999 relativa alle pari opportunità di lavoro per i disabili, [abbia] affermato l’importanza di prestare un’attenzione particolare segnatamente all’assunzione e alla permanenza sul posto di lavoro del personale e alla formazione e all’apprendimento permanente dei disabili”* (Ventisettesimo Considerando).

Ne consegue che *“sussiste 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... 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 200/78/CE).

La Corte ha escluso *"un'assimilazione pura e semplice delle due nozioni"*, precisando che *"perché una limitazione possa rientrare nella nozione di "handicap" deve quindi essere probabile che essa sia di lunga durata"* e che abbia l'attitudine a incidere od ostacolare la vita professionale per un lungo periodo (Corte Giustizia, *Navas vs. Eurest Colectividades SA*, C-13/05); in particolare, *"se una malattia, curabile o incurabile, comporta una limitazione, risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche, che, in interazione con barriere di diversa natura, può ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori e se tale limitazione è di lunga durata, una siffatta malattia può ricadere nella nozione di «handicap» ai sensi della direttiva 2000/78"* (Corte Giustizia, *HK Danmark vs. Dansk almennyttigt Boligselskab e Dansk Arbejdsgiverforening*, cause riunite C-335/11 e C-337/11).

A tale nozione deve farsi riferimento poiché, come rammentato dallo stesso Giudice Europeo, *"dall'imperativo tanto dell'applicazione uniforme del diritto comunitario quanto del principio di uguaglianza discende che i termini di una disposizione di diritto comunitario che non contenga alcun espresso richiamo al diritto degli Stati membri per quanto riguarda la determinazione del suo senso e della sua portata devono di norma essere oggetto nell'intera comunità di un'interpretazione autonoma e uniforme da effettuarsi tenendo conto del contesto della disposizione e della finalità perseguita dalla normativa di cui trattasi"* (Corte Giustizia, *Navas vs. Eurest Colectividades SA*, C-13/05, cit.).



Quanto al rapporto tra disabilità e malattia, questa Sezione ha già avuto modo di affermare come la Corte di Giustizia abbia chiarito che *“la nozione di “handicap” va intesa come un limite che deriva, in particolare, da minorazioni fisiche, mentali psichiche e che ostacola la partecipazione della persona considerata alla vita professionale”*, e che *“utilizzando la nozione di “handicap” all’art. 1 della direttiva di cui trattasi, il legislatore ha deliberatamente scelto un termine diverso da quello di “malattia””* (n. 10785/2022 R.G., est. dott.ssa Colosimo)

Da un punto di vista generale, se deve escludersi che possa essere richiamato il divieto di discriminazione fondata sull’*handicap* non appena si manifesti una qualunque malattia, di *handicap* può invece parlarsi ogniqualvolta la malattia sia di lunga durata e abbia l’attitudine a incidere negativamente sulla vita professionale del lavoratore.

Ciò posto, in forza dei suddetti principi, fatti propri dal Legislatore nazionale con il Decreto Legislativo 216/2003, non può dubitarsi che l’eventuale computo – ai fini della maturazione del comparto del dipendente disabile – delle assenze per malattia connesse alla specifica condizione di disabilità costituisca discriminazione indiretta, in quanto *“prassi... o un comportamento apparentemente neutri”* che, tuttavia, mette *“le persone portatrici di handicap... in una situazione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone”* (art. 2, co. 1, lett. b), D. Lgs. 216/2003).

L’assunto della assoluta equiparabilità della condizione del lavoratore invalido con quella del lavoratore non disabile ma affetto malattia – e, quindi, della possibilità di applicare ai primi la medesima e indistinta disciplina in materia di comparto – porterebbe, inevitabilmente, a regolare nel medesimo modo due situazioni radicalmente e sostanzialmente differenti, violando il principio di uguaglianza sostanziale e, prima ancora, dando luogo a una discriminazione indiretta.



Tanto si afferma in quanto i lavoratori invalidi sono soggetti portatori di uno specifico fattore di rischio che ha quale ricaduta più tipica, connaturata alla condizione stessa di disabilità, quella di determinare la necessità per il prestatore sia di assentarsi più spesso per malattia sia di ricorrere, in via definitiva o per un protratto periodo di tempo, a cure periodiche; di qui, necessariamente, l'esigenza di interpretare la disciplina in materia di comporto in una prospettiva di salvaguardia di quei lavoratori che, portatori di disabilità, si trovino in una condizione di oggettivo e ineliminabile svantaggio.

Chi scrive condivide quanto affermato da questo Tribunale con ordinanza del 6 aprile 2018: *“da ciò si ricava pertanto che la norma contrattuale la quale limita a 180 giorni di assenza l'avvenuto superamento del periodo di comporto - e quindi rende legittima la risoluzione del rapporto di lavoro - non può trovare applicazione nel caso di specie in quanto sarebbe causa di una discriminazione indiretta : pur essendo una disposizione di per sé neutra essa pone il portatore di handicap – in questo caso il ricorrente - in una condizione di particolare svantaggio rispetto agli altri lavoratori. E' infatti evidente che il portatore di handicap è costretto ad un numero di assenze di gran lunga superiore rispetto al lavoratore che limita le proprie assenze ai casi di contingenti patologie che hanno una durata breve o comunque limitata nel tempo. E' per tali soggetti che il termine di comporto è evidentemente previsto. Sicché una interpretazione della norma contrattuale rispettosa dei principi affermati dalla direttiva 2000/78, dal decreto legislativo 2016/03 e dalla sentenza della Corte di Giustizia prima esaminati deve fare escludere dal computo del termine per il comporto i periodi di assenza che trovino origine diretta nella patologia causa dell'handicap (a tale conclusione era peraltro pervenuta la Corte di Giustizia con la sentenza del 2013 richiamata, a proposito di un termine di preavviso di 120 giorni cfr punto 76 della*



sentenza: "In proposito, 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, ...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. Pertanto, appare evidente che la norma dei 120 giorni prevista da tale disposizione 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". E' infatti evidente che il portatore di handicap aggiunge, ai normali periodi di malattia che subisce per cause diverse dall'handicap, quelle direttamente collegate a quest'ultimo: ma una parità di trattamento tra lavoratori esige che solo con riferimento alle prime i lavoratori portatori di handicap e tutti gli altri siano sottoposti al limite temporale del comporto" (conformi, ex multis, Trib. Milano, Sez. Lav., 31 ottobre 2019; Trib. Milano, Sez. Lav., 12 giugno 2019).

Così ricostruito il quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento, nel merito della vicenda che qui ci occupa, si osserva quanto segue.

Dai documenti di causa emerge incontestatamente che la ricorrente, dal 2/12/2015, è stata riconosciuta invalida in misura percentuale del 48%, con conseguente riduzione permanente della sua capacità lavorativa in quanto portatrice di *"esiti di reimpianto protesi ginocchio dx in tp del dolore remoto k mammacario operato fribromilagia"* (doc. 2).

Ne è conseguito lo status di portatrice di handicap ex art. 3 comma 1 L. 104/1992.



Il suddetto accertamento segue molteplici relazioni cliniche del Centro Psico-Sociale dell'ASST di Pavia che attestano la presa in carico del ricorrente – sin dal 6 novembre 2020 – per *“sindrome ossessiva che richiede un trattamento psichiatrico-farmacologico”* (doc. 6, fascicolo ricorrente) e che evidenziano l'importanza, nel percorso trattamentale, di *“un'organizzazione della mansione lavorativa molto stabile, regolare e ripetitiva, evitando cambiamenti che sono peggiorativi del suo stato psichico”* (doc. 8, fascicolo ricorrente).

Alla luce delle risultanze documentali di causa, non pare dubitare che la condizione di salute della ricorrente, da dicembre 2015, rientri nella richiamata definizione di *handicap* quale malattia di lunga durata con ripercussioni sulla vita professionale della stessa.

Con recentissima pronuncia n. 9095/2023, la Corte di Cassazione ha affermato. *“l'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. E' inoltre fondata sulla Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità, ratificata dall'Italia con L. 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 C337/11, 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 (p.p. 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’art. 1, comma 2, 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'art. 1, comma 2, della Convenzione dell'ONU risulta che le menomazioni fisiche, mentali, intellettuali o sensoriali debbano essere "durate". Nè 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 (p.p. 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, perchè, 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'art. 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 (p.p. 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 (p. 56-57) e 18 dicembre 2014, in causa C- 354/13, FOA; p.p.5356).

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'art. 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 (p. 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 discriminazione indirettamente basata sulla disabilità ai sensi dell'art. 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'art. 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 (p.p. 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 comportamento 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 comportamento ha condivisibilmente rappresentato, secondo la Corte di merito, discriminazione indiretta. Ciò perchè, 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 comparto breve) a svantaggiare i lavoratori disabili e, quindi, a comportare una di Sparietà 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 comparto o di meccanismi similari. 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 comparto 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 al D. Lgs. n. 216 del 2003, art. 4, 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, perchè 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 deteriore 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)".

La circostanza che la società datrice non fosse a conoscenza della condizione della ricorrente si palesa del tutto ininfluyente stante la rilevanza puramente oggettiva di tale stato.

Per le medesime ragioni che precedono, si palesa inconferente, ai fini decisori, la mancata "spunta" da parte del medico di base, della casella, presente sui certificati medici rilasciati, di "stato patologico sotteso o connesso alla situazione di invalidità riconosciuta".

Esaminando ora la documentazione medica inerente alle assenze dal lavoro, si evince che il superamento del periodo di comporta è avvenuto, in ragione prevalente, per il manifestarsi della patologia riconducibile alla condizione di disabilità ("lombosciatalgia + gonalgia invalidante ginocchio dx"; "gonalgia invalidante"; "protesi ginocchio dx" docc. 3 e 5 ric.).

Invero, a fronte delle seguenti assenze contestate nella lettera di licenziamento:

| periodi di assenza indicati da contropart e nella | FINE | GIORNI |
|---|-------------|---------------|
| | | |



| | | |
|--|------------|-----|
| lettera di licenziamento sono i seguenti: INIZIO | | |
| 18/09/20 | 03/10/20 | 15 |
| 30/11/20 | 05/12/20 | 5 |
| 15/02/21 | 28/02/21 | 13 |
| 01/03/21 | 31/12/21 | 305 |
| 31/12/21 | 06/02/22 | 37 |
| 07/02/22 | 28/02/22 | 21 |
| 23/03/22 | 31/03/22 | 8 |
| TOT | 404 | |

le assenze riconducibili a malattia comune sono del tutto marginali risultando ben 354 giorni di assenza causalmente connessi all'invalidità, per come certificati:

| | | |
|--|-------------|---------------|
| Dai 404 giorni di malattia bisogna però togliere quelli dipendenti dalla patologia invalidante che, come si ricava dai certificati prodotti <i>sub 3</i> (letti coerentemente con la lettera di licenziamento), sono i seguenti: | FINE | GIORNI |
|--|-------------|---------------|



| | | |
|---------------|------------|-----|
| INIZIO | | |
| 18/09/20 | 03/10/20 | 15 |
| 15/02/21 | 28/02/21 | 13 |
| 01/03/21 | 31/12/21 | 305 |
| 07/02/22 | 28/02/22 | 21 |
| TOT | 354 | |

Risultando dunque provato che la maggior parte delle assenze poste a base del licenziamento deriva dalla patologia invalidante che affligge la lavoratrice, non può che concludersi per la discriminatorietà del computo delle stesse ai fini della maturazione del computo in quanto il conteggio è stato effettuato con le medesime modalità applicate a tutti i lavoratori, anche a quelli che non sono portatori di questo tipico fattore di rischio.

Tale rilievo non porta peraltro ad affermare che la ricorrenza di uno stato di *handicap* possa tradursi in una sostanziale paralisi *sine die* della possibilità di licenziare un dipendente per superamento del periodo di computo, qualora le assenze siano esclusivamente correlate allo stato di *handicap*; la considerazione circa la natura discriminatoria della condotta datoriale – che ha inteso considerare ai fini del computo, senza distinzione alcuna, tutte le assenze per malattia effettuate dalla ricorrente – non ha come precipitato l’affermazione del principio dell’impossibilità, in senso assoluto, di considerare quella particolare tipologia di assenze.

La motivazione guarda al principio di uguaglianza inteso in senso sostanziale, che impone il trattamento uguale di situazioni comparabili e il trattamento differenziato di situazioni diverse: trattamento diversificato che molti contratti collettivi iniziano a prevedere espressamente, stabilendo un diverso computo del periodo di computo per i lavoratori affetti da particolari patologie che hanno quale ricaduta più tipica,



connaturata alla condizione, proprio quella di determinare la necessità per il lavoratore sia di assentarsi più spesso per malattia sia di ricorrere (in via definitiva o per un protratto periodo di tempo) a cure periodiche.

Ma non nel caso concreto, ove l'art. 51 del CCNL Multiservizi, qui applicabile, si limita ad affermare il diritto del lavoratore non in prova alla conservazione del posto per un periodo di 12 mesi nell'arco di 36 mesi. La norma non distingue dunque a seconda che il lavoratore sia o no disabile e neppure prevede, per questi ultimi, un termine di comportamento differenziato. Pertanto, il solo fatto che controparte abbia applicato all'esponente il termine di comportamento previsto per i lavoratori non disabili rappresenta una discriminazione ai suoi danni, in quanto lavoratore disabile, con conseguente illegittimità del licenziamento.

A base delle riflessioni che precedono, dunque, non vi è l'affermazione di un divieto di licenziamento dei lavoratori disabili per superamento del periodo di comportamento, ma della discriminatorietà della pretesa di assoluta equiparabilità della condizione del lavoratore invalido con quella del lavoratore non disabile affetto da malattia; segnatamente, la discriminatorietà dell'applicazione ai primi della medesima – indistinta – disciplina in materia di comportamento.

Pertanto, la Corte di Giustizia ha già avuto modo di sottolineare che *"...la presa in considerazione dei giorni di assenza dovuti a una patologia collegata alla disabilità nel calcolo dei giorni di assenza per malattia finisce per assimilare una patologia legata a una disabilità alla nozione generale di malattia. Orbene, come la Corte ha dichiarato al punto 44 della sentenza dell'11 luglio 2006, Chacón Navas (C-13/05, EU:C:2006:456), è esclusa un'assimilazione pura e semplice della nozione di «handicap» a quella di «malattia» (v., in tal senso, sentenza dell'11 aprile 2013, HK Danmark, C-335/11 e C-337/11, EU:C:2013:222, punto 75). A*



tal proposito si deve constatare 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, (v., in tal senso, sentenza dell'11 aprile 2013, HK Danmark, C-335/11 e C-337/11, EU:C:2013:222, punto 76)" (Corte Giustizia, Ruiz Conejero vs. Ferroser Servicios Auxiliares SA, Ministerio Fiscal, C-270/16, §§38-39).

In questo contesto, lo si ribadisce, è del tutto irrilevante verificare se e quando il datore di lavoro abbia avuto contezza della suddetta condizione.

In ragione dei principi sottesi alla disciplina in esame, difatti, lo stato di disabilità e la connessione tra malattia e invalidità rilevano oggettivamente, per il solo fatto di essere obiettivamente sussistenti; d'altronde, assoggettare l'applicazione delle tutele riservate ai soggetti portatori di questo specifico fattore di rischio alla ricorrenza, o all'adempimento, di formalità di qualsivoglia natura significherebbe creare un *vulnus* oltremodo severo allo statuto di protezione previsto dall'ordinamento, frustrandone *ratio* ed efficacia.

Per questi motivi, il licenziamento intimato alla ricorrente è illegittimo, con efficacia assorbente rispetto alle ulteriori pretese qui avanzate.



Ne deriva, ex art. 2 D. Lgs. 23/2015, che la società datrice va condannata all'immediata reintegrazione della ricorrente nel suo posto di lavoro e al risarcimento del danno nella misura mensile di € 366,76 (o nella diversa misura ritenuta di giustizia), dal giorno del licenziamento a quello della effettiva reintegrazione, oltre a interessi e rivalutazione dal dovuto al saldo.

La regolazione delle spese di lite segue la soccombenza.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando, così provvede:

- 1) dichiara l'illegittimità del licenziamento intimato alla ricorrente;
- 2) ordina alla resistente l'immediata reintegrazione della ricorrente nel posto di lavoro di cui in precedenza;
- 3) condanna la resistente a pagare alla ricorrente l'indennità risarcitoria determinata nella misura mensile di euro 366,76, maturata dalla data del licenziamento a quella di effettiva reintegra, oltre interessi legali e rivalutazione monetaria dal dovuto al saldo;
- 4) condanna la resistente alla rifusione delle spese di lite sostenute dalla ricorrente, liquidate in complessivi € 4.000,00 oltre al rimborso spese generali al 15%, IVA e CPA;
- 5) fissa termine di giorni 60 per il deposito della sentenza.

Milano, 06/04/2023

Il giudice
Francesca Saioni



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI MILANO

Sezione Lavoro

La dott.ssa Silvia Ravazzoni in funzione di giudice del lavoro ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di I Grado iscritta al N. 7412/2019 R.G. promossa da:

....., con il patrocinio dell'avv. Fl.) e con
elezione di domicilio in Indirizzo Telematico

ricorrente

contro

....., con il patrocinio dell'avv. T. P., con
elezione di domicilio in VIA

resistente

Oggetto: Licenziamento individuale

IN FATTO

Con ricorso ex art. 414 c.p.c., depositato telematicamente al Tribunale di Milano, Sezione Lavoro, in data 19 luglio 2019, il ricorrente ha convenuto in giudizio la società S.p.A. chiedendo l'accoglimento delle seguenti conclusioni:

"Accertare e dichiarare la nullità e/o inefficacia e/o illegittimità e comunque annullare il licenziamento irrogato da Spa al sig."

con lettera datata 4.7.2019. 2) Conseguentemente: a- in via principale, ritenuta applicabile alla fattispecie la disciplina di cui all'art.2 del D.Lgs. 23/2015, condannare la convenuta, in persona del legale rappresentante, alla reintegrazione del ricorrente nel posto di



lavoro e al pagamento in favore dello stesso di un'indennità risarcitoria in misura commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto, pari a Euro € 2.013,04 (€ 1.725,46x14:12), dalla data di cessazione del rapporto a quella della effettiva reintegrazione, oltre al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali dal giorno del licenziamento fino a quello della effettiva reintegrazione e comunque nell'importo dovuto; b- in via subordinata e salvo gravame, applicare la tutela indennitaria ex art.3 D.Lgs.23/2015 nella misura massima di 36 mensilità o comunque quella che sarà ritenuta applicabile all'esito del giudizio. 3) Condannare la convenuta Spa a pagare a favore del sig., a titolo di risarcimento del danno non patrimoniale "da discriminazione razziale", la somma di Euro 20.000,00 o quale altra sarà ritenuta dovuta. 4) Condannare . . . al pagamento delle spese e dei compensi del presente giudizio, oltre contributo unificato di Euro 259,00, spese generali 15% e oneri di fatturazione, da distrarsi a favore del sottoscritto procuratore antistatario ex art.93 cpc."

Si è ritualmente costituita in giudizio la società convenuta, contestando in fatto e in diritto le domande avversarie e chiedendo il rigetto del ricorso.

Esperito inutilmente il tentativo di conciliazione e ritenuta la causa matura per la decisione senza svolgere attività istruttoria, il giudice ha invitato i procuratori alla discussione orale e all'esito ha pronunciato sentenza dando lettura del dispositivo in udienza.

È stato assunto alle dipendenze della società convenuta in data 1 novembre 2015 nell'ambito del Dipartimento di Protezione Ambientale di con mansioni di Operatore Specializzato Attività di Supporto di livello D3 CCNL Mobilità -

In data 23.11.2018, a seguito di visita di idoneità, il ricorrente è stato dichiarato "temporaneamente non idoneo al lavoro notturno e a presenziamento varchi per sei mesi" ed è stato successivamente assegnato in via provvisoria allo svolgimento di attività di supporto e quelle d'ufficio presso la sede di Milano del di Protezione aziendale.

In data 21.5.2019, il ricorrente è stato nuovamente sottoposto a visita medica presso l'Unità Sanitaria Territoriale di Milano ed è stato dichiarato "non idoneo al lavoro notturno...non idoneo al controllo varchi in via definitiva" e tale giudizio non è stato oggetto di impugnazione.

Con lettera del 4 luglio 2019, consegnata a mani in data 5 luglio 2019, la società ha comunicato al ricorrente il licenziamento per impossibilità sopravvenuta ai sensi dell'art. 1463 c.c. e art 3 della l. 604/1966 in quanto "l'inidoneità definitiva al controllo varchi...non consente la sua proficua utilizzazione" e "all'interno dell'Azienda non si ravvedono possibilità di sua diversa assegnazione lavorativa".

Con il presente ricorso il ricorrente si duole innanzitutto della natura discriminatoria del licenziamento, da ravvisarsi nelle origini etniche indiane e nella religione osservata (); viene poi censurato il difetto di giustificazione del licenziamento per motivo consistente nella disabilità fisica del lavoratore ai sensi dell'art 2, comma 4, D.lgs. 23/2015, da ravvisarsi nelle sue condizioni di salute (ipertensione e cefalea); il ricorrente richiama, infine, l'obbligo di ricollocazione dei lavoratori divenuti inidonei alle mansioni di cui al CCNL applicato (art. 15) ma desumibile anche dalla l. n. 68/1999 (art. 1, comma7, e art. 42) e dalla normativa eurocomunitaria in materia di ragionevoli accomodamenti (Direttiva Europea 200/78 attuata con il d.l. n.76/2013, convertito in legge 9 agosto 2013 n. 99).

IN DIRITTO

Il ricorso è fondato e merita accoglimento per le seguenti motivazioni.

Il ricorrente richiama l'applicazione della disciplina dettata dall'art. 2, comma 4, D.lgs. 23/2015 che prevede: "La disciplina di cui al presente articolo trova applicazione anche nelle ipotesi in cui il giudice accerta il difetto di giustificazione per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore, anche ai sensi degli articoli 4, comma 4, e 10, comma 3, della legge 12 marzo 1999, n. 68."

La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, che è stata approvata a nome della Comunità europea dalla decisione 2010/48/CE del Consiglio, del 26 novembre 2009, all'art. 1 statuisce quanto segue: «Per persone con disabilità si intendono 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 base di uguaglianza con gli altri.

La Corte di Giustizia Europea nella causa C - 312/11 promossa dalla Commissione Europea proprio contro la Repubblica italiana e relativa all'inadempimento all'articolo 5 della direttiva 2000/78/CE del 27 novembre 2000 ha affermato che: *"se è vero che la nozione di «handicap» non è definita nella stessa direttiva 2000/78, la Corte ha tuttavia già dichiarato, ai punti 38 e 39 della sentenza dell'11 aprile 2013, HK Danmark (C-335/11 e C-337/11, non ancora pubblicata nella Raccolta), che, alla luce della Convenzione dell'ONU, tale nozione deve essere intesa nel senso che si riferisce ad una limitazione risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche durature che, in interazione con barriere di diversa natura, possono ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori. Di conseguenza, l'espressione «disabile» utilizzata nell'articolo 5 della direttiva 2000/78 deve essere interpretata come comprendente tutte le persone affette da una disabilità corrispondente alla definizione enunciata nel punto precedente".*

Sicché, sotto un profilo di ordine generale, se deve escludersi che possa essere richiamata la nozione di disabilità non appena si manifesti una qualunque malattia, di disabilità può invece parlarsi ogniqualvolta la malattia sia di lunga durata e abbia l'attitudine a incidere negativamente sulla vita professionale del lavoratore.

Ebbene, nel caso in esame, è documentamente provato che il ricorrente soffre di ipertensione arteriosa e che tale condizione abbia determinato il giudizio di inidoneità al lavoro notturno e di inidoneità definitiva alla mansione di addetto ai varchi. Si tratta di una condizione che senz'altro presenta le caratteristiche indicate dalla Corte di Giustizia, essendo una malattia di lunga durata con caratteristiche tali da impedire il normale svolgersi delle mansioni lavorative.

Accertata dunque la condizione del ricorrente, occorre passare alla verifica degli obblighi che gravano sul datore di lavoro con riferimento a tale categoria di soggetti. Con riferimento ai lavoratori disabili, la Direttiva 2000/78 all'art. 5 prevede 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 al*

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.

Nel nostro ordinamento, l'art. 42 D.lgs. 81/2008 rubricato "Provvedimenti in caso di inidoneità alla mansione specifica", prevede che: *"Il datore di lavoro, anche in considerazione di quanto disposto dalla legge 12 marzo 1999, n. 68, in relazione ai giudizi di cui all'articolo 41, comma 6, attua le misure indicate dal medico competente e qualora le stesse prevedano un'inidoneità alla mansione specifica adibisce il lavoratore, ove possibile, a mansioni equivalenti o, in difetto, a mansioni inferiori garantendo il trattamento corrispondente alle mansioni di provenienza".*

Infine, l'articolo 3, comma 3 bis, D.lgs. 216/2003 come modificato dal DL 76/13 ha espressamente previsto 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."*

La Convenzione delle Nazioni Unite, già citata, all'art. 2 comma 4 prevede 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 o l'esercizio, su base di uguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali.*

Dalla lettura combinata delle richiamate disposizioni, deve concludersi che il datore di lavoro abbia uno stringente obbligo di adottare provvedimenti di natura organizzativa al fine di mutare il contesto lavorativo in funzione delle esigenze del lavoratore disabile ed eventualmente valutare ed eventualmente individuare, nell'ambito della propria organizzazione lavorativa, mansioni che il lavoratore disabile (nell'accezione, giova ancora una volta ribadirlo, sopra evidenziata) possa



utilmente disimpegnare, fermo restando che tale obbligo non può arrivare a comportare lo stravolgimento del contesto organizzativo.

Gli accomodamenti ragionevoli che il datore è tenuto a porre in essere per garantire e preservare lo svolgimento dell'attività lavorativa dei dipendenti disabili debbono trovare, infatti, equo contemperamento con le necessità organizzative aziendali.

Sul punto, il giudicante condivide le osservazioni già svolte da questo Tribunale in una fattispecie analoga in cui ha chiarito che: *"Tale profilo (che può senza dubbio essere ricondotto, nell'ordinamento interno, al principio di cui all'articolo 41 Costituzione) viene individuato nel limite dell'onere sproporzionato. In concreto, è evidente, pertanto, che il contesto aziendale, il numero di dipendenti e l'articolazione della prestazione e le concrete modalità di svolgimento della stessa rappresentino elementi da ponderare adeguatamente nel valutare se il datore di lavoro abbia o meno adempiuto ai propri obblighi. Tanto maggiore e articolato sarà il contesto organizzativo tanto più stringente, deve ritenersi, saranno gli obblighi che possono pretendersi dal datore di lavoro stesso"* (Trib Milano, est. Perillo, sent. n. 2159/2017).

Ebbene, nel caso di specie può darsi per pacifico e non contestato che - in forza delle proprie condizioni di salute nonché delle limitazioni disposte dal medico competente in occasione della visita medica del 21.5.2019 - non potesse più svolgere la mansione di addetto ai varchi.

Può altresì darsi per pacifico e non contestato che il lavoratore fosse invece parzialmente idoneo alla mansione specifica di "Operatore attività di supporto", come risulta dalla documentazione relativa alla visita di idoneità del 21.5.2019.

La società non ha minimamente dato atto di aver posto in essere i ragionevoli accomodamenti al fine di consentire al ricorrente lo svolgimento di attività lavorativa limitandosi ad affermare che *"preso atto dell'inidoneità definitiva del ricorrente alle mansioni per le quali era stato assunto, ha ricercato all'interno del proprio organico posizioni scoperte, compatibili con la sua professionalità e i suoi titoli di studio. Nel periodo tra maggio e luglio 2019, la Società ha individuato selezioni per posizioni aperte - job posting interni - alle quali il ricorrente non avrebbe potuto candidarsi, sia per difetto dell'esperienza specifica (mansioni pregresse e/o livello posseduto) sia per difetto dei titoli di studio richiesti (doc. 5, da intendersi qui trascritto come parte integrante del presente atto). Nel periodo tra gennaio e luglio 2019 la Società era alla*

ricerca sul mercato delle figure di Capo Stazione, Assistente Lavori, Manovratore e Operatore Specializzato della Manutenzione aveva avulato di personale, attività per le quali il sig. . . non possedeva né l'esperienza né i titoli di studio. L'accertata inidoneità definitiva alle mansioni per le quali è stato assunto, in uno con l'impossibilità per la Società di utilizzare proficuamente il sig. . . in altre mansioni, anche di livello inferiore, hanno costretto . . . a risolvere il rapporto di lavoro con lettera del 5.7.2019°.

Tuttavia, nel caso di lavoratori disabili, il datore di lavoro è tenuto non ad un semplice obbligo di *repechage*, come la difesa della società vorrebbe sostenere, ma ad un ben più gravoso onere nei termini sopra indicati.

Nel caso in esame, la difesa della società non ha neppure allegato le motivazioni per le quali l'inidoneità al controllo varchi determinerebbe l'assoluta inutilizzabilità della prestazione del ricorrente come "operatore attività di supporto", limitandosi genericamente ed apoditticamente ad affermare che "per lo svolgimento delle mansioni di Operatore Specializzato Attività di Supporto (Addetto alla Gestione dei Flussi Passeggeri) l'idoneità al controllo dei varchi è requisito necessario e imprescindibile" (punto 16 memoria).

Inoltre, il datore di lavoro non ha neppure allegato il tentativo di adottare i ragionevoli accomodamenti al fine di consentire al ricorrente il mantenimento del posto di lavoro.

Del resto, gli obblighi del datore in tal senso possono altresì desumersi dal Contratto Integrativo . . . del 2016 che all'art. 15 prevede: "Per il lavoratore nei cui confronti venga riconosciuta in via definitiva una inidoneità totale o parziale a svolgere le mansioni precedentemente affidategli, l'azienda individuerà soluzioni di impiego conformi con la ridotta capacità lavorativa del medesimo, anche in figure professionali diverse del medesimo livello professionale rispetto a quello di appartenenza, per le quali sussista la disponibilità di impiego dopo la destinazione degli eventuali inidonei per infortunio sul lavoro e malattia professionale. 3. Ove non sussista disponibilità di impiego in altra figura professionale, il lavoratore di cui al precedente punto 2 può essere utilizzato temporaneamente in una delle figure professionali del livello professionale inferiore per la quale sia riconosciuto idoneo, finché non sarà possibile utilizzarlo con cambio di figura professionale per la quale è idoneo nel livello

professionale di appartenenza. 4. Il lavoratore riconosciuto temporaneamente inidoneo a svolgere le mansioni affidategli, può essere utilizzato in altra figura professionale del livello professionale di appartenenza o del livello inferiore per la quale conservi l'idoneità. 5. In tutti i casi previsti dai precedenti punti il lavoratore ha l'obbligo di conseguire le abilitazioni previste per la figura professionale di definitiva destinazione o di temporanea utilizzazione e/o di superare gli eventuali corsi di riqualificazione professionale, necessari per la sua proficua utilizzazione. Il conseguimento delle predette abilitazioni e/o il superamento dei corsi di riqualificazione professionale deve realizzarsi entro il termine massimo di due anni".

La disposizione richiamata dunque pone una serie di stringenti obblighi in capo al datore di lavoro e in nessun caso prevede la possibilità di licenziamento in ragione dell'inidoneità alle mansioni. Nello specifico, il datore è tenuto a porre in essere le seguenti attività:

- individuare soluzioni di impiego conformi con la ridotta capacità lavorativa del medesimo anche in figure professionali diverse del medesimo livello professionale rispetto a quello di appartenenza;
- utilizzare temporaneamente il lavoratore in una delle figure professionali del livello professionale inferiore per la quale sia riconosciuto idoneo, finché non sarà possibile utilizzarlo con cambio di figura professionale per la quale è idoneo
- utilizzare il lavoratore in altra figura professionale del livello professionale di appartenenza o del livello inferiore per la quale conservi l'idoneità;
- consentire al lavoratore di acquisire le abilitazioni e le conoscenze tecnico professionali necessarie per la sua proficua utilizzazione

E' pacifico in causa che la società non abbia posto in essere nessuna di queste misure.

Per tutti i motivi sopra esposti, il licenziamento per cui è causa deve essere dichiarato nullo ai sensi dell'art. 2, comma 4, D.lgs. 23/2015 e spa va condannata alla reintegra del lavoratore nel posto di lavoro e al pagamento di un'indennità commisurata all'ultima retribuzione utile ai fini del TFR (€ 1.725,46) per i mesi dal licenziamento alla reintegra, in ogni caso in misura non inferiore a 5 mensilità, dedotto quanto eventualmente percepito per lo svolgimento di altre

attività lavorative, oltre al versamento dei contributi previdenziali ed assistenziali per il medesimo periodo, oltre interessi legali e rivalutazione dal dovuto al saldo.

Debbono respingersi, invece, le cesure relative alla discriminatorietà del licenziamento per motivi religiosi ed etnici. La difesa del ricorrente si è, di fatto, limitata a indicare il fattore di rischio e a sostenere che il sarebbe l'unico lavoratore straniero dichiarato inidoneo alle mansioni ad aver subito un provvedimento di licenziamento. Si tratta di allegazioni eccessivamente generiche e non idonee a consentire un approfondimento istruttorio. La Suprema Corte ha invero affermato che *"in tema di comportamenti datoriali discriminatori, che il D.Lgs. n. 198 del 2006, art. 40 - nel fissare un principio applicabile sia nei casi di procedimento speciale antidiscriminatorio che di azione ordinaria, promossi dal lavoratore ovvero dal consigliere di parità - non stabilisce un'inversione dell'onere probatorio, ma solo un'attenuazione del regime probatorio ordinario in favore del ricorrente, prevedendo a carico del datore di lavoro, in linea con quanto disposto dall'art. 19 della Direttiva CE n. 2006/54 (come interpretato da Corte di Giustizia Ue 21 luglio 2011, C-104/10), l'onere di fornire la prova dell'inesistenza della discriminazione, ma a condizione che il ricorrente abbia previamente fornito al giudice elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico, idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, anche se non gravi, la presunzione dell'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori in ragione del sesso"*. Sono del tutto assenti dati di fatto idonei a fondare la presunzione di una discriminazione e pertanto la domanda non può che essere rigettata. Di conseguenza vanno altresì respinte le domande risarcitorie.

Le spese di lite seguono la soccombenza e . deve essere condannata a liquidarle a favore del procuratore del ricorrente che le ha anticipate nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

Il giudice, definitivamente pronunciando, così decide:



1. accerta il difetto di giustificazione, ai sensi dell'art 2 co 4 del d.lgs 23/2015, del licenziamento intimato al ricorrente con lettera in data 4.7.2019,
 2. condanna la società convenuta alla reintegra del lavoratore nel posto di lavoro e condanna la società convenuta al pagamento di un'indennità commisurata all'ultima retribuzione utile ai fini del TFR (€ 1.725,46) per i mesi dal licenziamento alla reintegra, in ogni caso in misura non inferiore a 5 mensilità, dedotto quanto eventualmente percepito per lo svolgimento di altre attività lavorative, oltre al versamento dei contributi previdenziali ed assistenziali per il medesimo periodo, oltre interessi legali e rivalutazione dal dovuto al saldo;
 3. rigetta per il resto il ricorso;
 4. condanna la società convenuta a rimborsare alla parte ricorrente le spese di lite, che si liquidano complessivamente in € 5.000,00 oltre IVA e CPA e contributo unificato di € 259,00, da distrarsi a favore del procuratore antistatario
- Fissa il termine di 60 giorni per il deposito della sentenza.
Sentenza provvisoriamente esecutiva.

Milano, 4/12/2019

il Giudice del Lavoro
Dr.ssa Silvia Ravazzoni

La presente sentenza è stata redatta con la collaborazione della Dr.ssa [nome], Magistrato in Tirocinio.