



**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
CORTE D'APPELLO DI GENOVA
SEZIONE LAVORO**

La Corte in persona dei Magistrati
Dott. Alvaro Vigotti Presidente
Dott. Giuliana Melandri Consigliere relatore ed estensore
Dott. Caterina Baisi Consigliere

A scioglimento della riserva, ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

Nella causa RG n. 71/2021 proposta da

[REDACTED] (CF : SLVLSN67E57B832U)

elettivamente domiciliato in Carrara, Viale Turigliano 13, presso e nello studio dell'Avv. Claudio Lalli, (c.f. LLLCLD56R06B832U; PEC : *avvclaudiolalli@pec.it*, che la rappresenta e difende giusta delega rilasciata su foglio analogico separato in conformità da quanto previsto dall'art. 18 n. 5 D.M. 44/2011 depositata nel fascicolo di prima fase

reclamante

C O N T R O

NAUSICAA S.P.A. (PRIMA APUAFARMA FARMACIE COMUNALI CARRARA)
(CF: 00637570458) rappresentata dagli avv.ti Michele Caro (c.f. CRAMHL63H12L8330, p.e.c. *avvmichelecaro@puntopec.it*) e Anna Parodi (c.f. PRDNNA64L70D969M; pec: *anna.parodi2@ordineavvgenova.it*) presso lo studio della quale ultima, in Genova, via Porta d'Archi, n. 12, interno 20, è elettivamente domiciliata

reclamata



CONCLUSIONI DELLE PARTI:

Per la reclamante:

- 1) Voglia **dichiarare** la illegittimità del licenziamento perché NULLO E DISCRIMINATORIO e comunque ingiustificato, rilevando espressamente la natura di atto discriminatorio indiretto;
- 2) Voglia **ordinare** alla SpA NAUSICAA in persona del legale rappresentante pro tempore di reintegrare la Signora [REDACTED] nel suo posto di lavoro;
- 3) Voglia **condannare** la SpA NAUSICAA in persona del legale rappresentante pro tempore a risarcire alla Signora [REDACTED] i danni subiti per l'illegittimo licenziamento discriminatorio nella misura pari a tante mensilità (da calcolarsi ogni mensilità sulla base dell'ultima retribuzione globale di fatto pari ad €. 1.536,61) quante ne decoreranno dalla data del licenziamento a quella della effettiva reintegra, senza il limite delle n° 12 mensilità per la natura discriminatoria indiretta del licenziamento, in applicazione dell'art. 18 L. 300/70, il tutto oltre rivalutazione monetaria ed interessi come per legge;
- 4) Voglia ancora **condannare** la SpA NAUSICAA in persona del legale rappresentante pro tempore a regolarizzare la posizione contributiva ed assicurativa della Signora [REDACTED] presso gli Enti competenti;
- 5) Voglia, infine in ogni caso, **condannare** la SPA NAUSICAA in persona del legale rappresentante pro tempore a pagare sia delle spese del giudizio instaurato ai sensi dell'art. 1 Comma 48 Legge 92/2012 sia quelle della successiva fase di 1° grado, sia infine del presente giudizio, nel rispetto del D.M. 10.03.2014 n. 55 oggi vigente, tendendo conto del valore indeterminabile della controversia il tutto maggiorato del contributo spese forfetarie 15%, cpa ed Iva di legge.

Per la reclamata :

"Piaccia a codesto ill.mo Giudice del lavoro, disattesa ogni contraria istanza ed eccezione, previe tutte le declaratorie del caso, rigettare il reclamo avversario e confermare la sentenza n. n. 40/2021, resa *inter partes* dal Giudice del lavoro di Massa in data 3.3.2021, non notificata; e conseguentemente;

- in via preliminare:

- - dichiarare inammissibile il motivo di reclamo avversario, in quanto viziato da novità, per i motivi illustrati;

- nel merito:

- - respingere integralmente l'unica domanda avversaria, avente a oggetto la declaratoria di nullità e discriminatorietà del licenziamento e l'applicazione della tutela *ex art. 18*, comma 1 e 2, st. lav.;

- in via subordinata:



- per il non creduto caso di declaratoria di nullità del licenziamento dell'odierna ricorrente, limitare il risarcimento del danno detraendo dal relativo importo i redditi da lavoro che la signora [REDACTED] si fosse nel frattempo procurata.

Con vittoria di spese e di onorari di entrambi i gradi del giudizio. ”

ESPOSIZIONE DEI FATTI DI CAUSA E DEI MOTIVI DELLA DECISIONE

La sig.ra [REDACTED] ha reclamato la sentenza del Tribunale di MASSA che ha respinto, sia in fase sommaria che nel successivo giudizio di merito, la sua domanda di impugnazione del licenziamento intimatogli con lettera del 16/01/2018 (ricevuta il 23/01/2018) da NAUSICAA s.p.a. (già APUAFARMA FARMACIE COMUNALI) per superamento del periodo di comporta.

Va premesso che nella fase sommaria la lavoratrice aveva chiesto dichiararsi illegittimo il licenziamento intimatole dalla società in quanto adibita a mansioni incompatibili con propria invalidità, per cui le assenze dal lavoro non potevano computarsi nel periodo di comporta, come da giurisprudenza consolidata richiamata (Cass. n. 9395 del 2017 e altre precedenti conformi).

Espletata la CTU, il giudice della fase sommaria ha respinto il ricorso aderendo alle conclusioni di cui alla perizia secondo cui le mansioni (di reception ed accoglienza di un ambulatorio) svolte dalla lavoratrice nel periodo in cui si sono verificate le assenze erano compatibili con lo stato di invalidità della stessa, per cui nessuna responsabilità era ravvisabile in capo al datore di lavoro per le assenze compiute.

In sede di opposizione la [REDACTED] ha modificato la propria prospettazione, aderendo alle conclusioni della CTU ed ammettendo di aver svolto da ultimo mansioni compatibili con il suo stato di handicap (invalidità in misura superiore ai due terzi – 75% - come da certificazione ASL del 26/02/2009 agli atti); tuttavia ha chiesto dichiararsi la nullità del licenziamento per discriminazione indiretta ex art. 1 del D.Lgs. n. 216 del 2003 emesso in attuazione della direttiva 2000/78/CE avente ad oggetto la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro.

Il giudice dell' opposizione ha respinto anche tale nuova prospettazione, non solo per tardività della stessa (non essendo stata sollevata con il ricorso introduttivo della fase sommaria), ma soprattutto perché infondata.

Al riguardo ha riportato l' impianto motivazionale della sentenza della Corte di Cassazione sopra richiamata secondo cui *“nell'ipotesi di rapporto di lavoro con invalido assunto obbligatoriamente ai sensi della legge 12 aprile 1968, n. 482, le assenze dovute a malattie collegate con lo stato di invalidità non possono essere computate nel periodo di comporta, ai fini della conservazione*



del posto di lavoro ex art. 2110 cod. civ., se l'invalido sia stato adibito, in violazione dell'art. 20 della legge n. 482 del 1968, a mansioni incompatibili con le sue condizioni di salute, in quanto la impossibilità della prestazione deriva, in tale caso, dalla violazione, da parte del datore di lavoro, dell'obbligo di tutelare l'integrità fisica del lavoratore, il quale è tuttavia gravato dell'onere di provare gli elementi oggettivi della fattispecie, sulla quale si fonda la responsabilità contrattuale del datore di lavoro, dimostrandone l'inadempimento, nonché il nesso di causalità tra l'inadempimento stesso, il danno alla salute e le assenze dal lavoro che ne conseguano" (vedi Cass. 23/4/2004 n. 7730, Cass. 15/12/1994 n. 10769).

Il giudice, ritenendo che comunque la lavoratrice dovesse dimostrare il nesso causale tra le mansioni svolte e il danno alla propria salute, tenuto conto della CTU espletata in sede sommaria e non contestata dalla lavoratrice, ha escluso che le mansioni svolte dalla stessa nell'ultimo periodo (attività d'ufficio di reception presso l'ambulatorio LA PRADA), avessero determinato, causalmente o concausalmente le condizioni cliniche che hanno comportato le sue assenze dal posto di lavoro, trattandosi tutte di assenze dovute ad una patologia preesistente (diabete mellito) che, alla luce della più accreditata letteratura scientifica, non subisce aggravamenti dallo svolgimento di una attività più sedentaria, quale quella a cui venne da ultimo adibita la Sig.ra [REDACTED]

Il Tribunale ha poi ritenuto che anche il lavoratore disabile (sia assunto dalle liste del collocamento obbligatorio che divenuto successivamente ed inserito nelle stesse, come nel caso di specie) potesse essere licenziato per superamento del periodo di comporto per cause non imputabili al datore di lavoro. Secondo il giudice dell'opposizione, infatti, la legge non prevedeva alcun trattamento differenziato nel disciplinare il superamento del periodo di comporto da parte del personale disabile rientrante nelle categorie protette ai sensi della L. n. 68/1999.

Si legge nella sentenza reclamata che *"non ammettere il licenziamento del lavoratore invalido che sia stato assegnato a mansioni compatibili con il suo stato di salute o, comunque, ritenere la detraibilità dal periodo di comporto delle assenze determinate da malattie ricollegabili all'invalidità già presenti al momento dell'assunzione, comporterebbe un trattamento differenziato non espressamente previsto dalla legge, una ingiustificata compressione delle potenzialità organizzative dell'imprenditore che assume obbligatoriamente un lavoratore nelle categorie protette e perfino un incentivo alla deresponsabilizzazione del lavoratore, che viceversa deve concorrere con il datore di lavoro a tutelare non solo la propria sicurezza, ma anche la propria*



salute. Senza contare che la ricorrente è stata assunta come soggetto normodotato ed è divenuta disabile durante il rapporto di lavoro”.

In ogni caso – anche a tener conto della presunzione probatoria della discriminazione prevista dalla legge invocata dalla lavoratrice – vi era la prova della sua insussistenza, in considerazione del pacifico superamento del periodo di comporta.

Le spese di lite sono state compensate tra le parti in considerazione della peculiarità delle questioni trattate.

La reclamante ha impugnato la sentenza soltanto nella parte in cui ha rigettato 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.

Anzitutto ha censurato la decisione nella parte in cui il giudice ha ritenuto che nel giudizio di opposizione, trattandosi di una prosecuzione della prima fase sommaria, non fosse possibile introdurre domande nuove, citando al riguardo i principi enunziati dalla Corte di Cassazione con sentenza n. 27655/2017.

Secondo la reclamante, inoltre, il giudice non aveva considerato il fatto che la contrattazione collettiva, nel disciplinare la durata del periodo di comporta in modo unitario anche per i lavoratori affetti da patologie croniche con handicap permanente (quale appunto la ██████████ in quanto affetta da diabete), si poneva in contrasto con la sopra citata direttiva comunitaria che impone agli Stati membri di emanare norme a difesa dei lavoratori invalidi.

La lavoratrice reclamante ha invocato in particolare i principi sanciti dalla lett. B) dell’ art. 2 del cit. D.Lgs sulla c.d. “discriminazione indiretta” che si verifica quando una disposizione (in questo caso la clausola del contratto collettivo sulla durata del periodo di comporta), 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 difesa della lavoratrice ha quindi chiesto che l’ art. 2110 c.c. venisse interpretato in modo costituzionalmente orientato sostenendo che le assenze per malattia dei portatori di handicap non possano essere assoggettati allo stesso periodo di comporta previsto per i lavoratori non invalidi, laddove la malattia che ha provocato l’ assenza sia conseguente al suo handicap, come nella fattispecie in esame.

La reclamante ha citato al riguardo un precedente deciso del Tribunale di Milano, particolarmente sensibile alle problematiche in materia di salute dei lavoratori (sentenza n. 2875 del 2016) che ha escluso dal computo del periodo di comporta le assenze per malattie riconducibili all’ handicap; ciò in quanto questa tipologia di lavoratori è esposta maggiormente al rischio di



ammalarsi di frequente e quindi di accumulare assenze che possono superare detto periodo .

Inoltre, trattandosi di un caso di discriminazione indiretta, il legislatore aveva introdotto un'inversione dell' onere della prova, spettando dunque al datore di lavoro dimostrare la insussistenza della discriminazione a prescindere dalla concorrenza di altri motivi leciti; la reclamante ha infatti evidenziato al riguardo che la giurisprudenza aveva escluso l' applicazione della disciplina di cui all' art. 1345 c.c. al licenziamento discriminatorio, diversamente da quanto previsto per il licenziamento ritorsivo, che deve essere invece l' unico motivo determinante la volontà datoriale di recedere dal rapporto di lavoro.

In conclusione - ad avviso della difesa della ██████████ - il datore di lavoro aveva un obbligo di protezione del lavoratore handicappato non solo nell'adibirlo a mansioni compatibili alle sue patologie permanenti, ma anche nella valutazione delle assenze conseguenti a tali malattie; obbligo che nella fattispecie era stato violato dalla società con un provvedimento di recesso che doveva presumersi discriminatorio.

Ne derivava che il licenziamento intimato alla sig.ra ██████████ doveva essere dichiarato nullo con le conseguenze ripristinatorie e risarcitorie previste dal comma 1 dell' art. 18 S.L..

Si è costituita in giudizio la società reclamata contestando i motivi di reclamo e chiedendone la reiezione

In estrema sintesi NAUSICAA spa ha eccepito – oltre all'inammissibilità, per novità e tardività, del nuovo motivo di opposizione – che non esiste nel nostro ordinamento un divieto di computare nel periodo di computo le assenze dovute alla malattia invalidante perché – in assenza di un qualsiasi nesso causale tra l' attività svolta e la patologia (anche in termini di aggravamento), ci si troverebbe di fronte ad una altrettanto inammissibile responsabilità oggettiva, perché il datore di lavoro dovrebbe farsi carico *sine die* delle conseguenze delle malattie invalidanti anche nell'ipotesi in cui non abbia concorso a causarle e/o ad aggravarle. In sostanza – a seguire la tesi della reclamante - licenziare un disabile per il superamento del periodo di computo determinato dalla patologia che lo rende tale integrerebbe una discriminazione *in re ipsa* senza alcuna possibilità per il datore di lavoro di evitare gli oneri conseguenti alla malattia del lavoratore non riconducibile alla attività lavorativa svolta; il tutto in violazione della medesima direttiva comunitaria richiamata che pone un limite agli accorgimenti datoriali che devono essere ragionevoli e non comportanti sforzi finanziari sproporzionati ed eccessivi.



Concludeva quindi come in epigrafe per il rigetto del reclamo con vittoria di spese.

§§§

Va anzitutto analizzata l'eccezione di tardività della questione relativa alla discriminazione indiretta in quanto prospettata per la prima volta in sede di opposizione all'ordinanza di rigetto del ricorso ove il licenziamento era stato impugnato dalla lavoratrice deducendo la responsabilità datoriale nella causazione delle patologie che avevano dato luogo alle assenze dal lavoro ed il superamento del periodo di comporto.

Al riguardo la società reclamante ha invocato una giurisprudenza secondo cui nell'ambito del rito introdotto dalla L. n. 92/2012, la possibilità per le parti di proporre con il ricorso in opposizione domande nuove, nonché di svolgere nuove attività probatorie ed eccezioni in deroga a preclusioni processuali, deve attuarsi all'interno del perimetro costituito dalla *causa petendi* dell'azione di impugnazione già esercitata, ossia in relazione ai motivi di illegittimità del licenziamento dedotti nel ricorso originario di cui all'art. 1, comma 48 e ss., l. n. 92/2012 (Corte App. Torino 19.5.2017); in particolare: *"L'allegazione della ritrosività del licenziamento compiuta per la prima volta con l'opposizione di cui alla l. 28 giugno 2012 n. 92, art. 1, comma 51, integra la proposizione di una domanda nuova, inammissibile in tale fase"* (Cass. 28.9.2015, n. 19142; Cass. n. 17091/2016).

Sarebbe dunque preclusa la proposizione, nella fase di opposizione, di una domanda nuova, essendo consentita la sola modificazione, previa autorizzazione del giudice, della domanda originaria: *"Qualora il lavoratore, impugnato il licenziamento, agisca in giudizio deducendo il difetto di giusta causa o giustificato motivo, l'eventuale motivo discriminatorio o ritrosivo, pur ricavabile da circostanze di fatto allegare, integra un ulteriore, e non già compreso, motivo di illegittimità del recesso, come tale non rilevabile d'ufficio dal giudice e neppure configurabile come mera diversa qualificazione della domanda"* (Cass. 3.7.2015, n. 13673).

Tale orientamento è stato recentemente superato dalla Suprema Corte (Cass. 5993/2019), secondo cui – non avendo l'opposizione all'ordinanza sommaria natura impugnatoria, dando luogo ad una prosecuzione del giudizio con cognizione piena (Cass. 5993/2019), vi può essere un ampliamento del thema decidendum, con nuove prospettazioni in fatto e di diritto,.

Tale ultimo orientamento pare senz'altro condivisibile, posto che il rito sommario (così come quello cautelare) costituisce uno strumento di tutela giurisdizionale immediato previsto dal legislatore per consentire un



immediato ripristino di un diritto fondamentale (nel caso in esame, il diritto al lavoro) – non è assoggettato a preclusioni o decadenze di entrambe le parti , in modo da consentire una difesa piena nella eventuale fase di opposizione . In ogni caso, la Corte di Cassazione con la sentenza n. 27655/2017 ha ritenuto è ammissibile introdurre per la prima volta in sede di opposizione la deduzione circa la natura ritorsiva del licenziamento, trattandosi di una ulteriore prospettazione di invalidità del recesso datoriale.

L' eccezione di tardività riproposta dalla società reclamata va quindi rigettata.

Nel merito :

Gli antefatti di causa sono pacifici ed incontestati e si possono così riassumere:

La sig.ra ██████████ è stata assunta in data 15 settembre 2008 per lo svolgimento di mansioni di operatrice ed inizialmente venne adibita a funzioni di accompagnatrice nei pulmini “ scuolabus”;

Nel 2009 venne dichiarata invalida al 75% per una serie di patologie tra cui il diabete mellito , insufficienza venosa, ipertensione arteriosa e altre problematiche osteo-articolari.

A seguito di tale invalidità, in data 16/10/2009 la lavoratrice è stata inserita nelle quote di riserva di cui all' art. 3 della L. n. 68 del 1999 (Norme per il diritto al lavoro dei disabili”), come risulta dalla lettera del 16/10/2009 inviata ad APUAFARMA dal centro per l' Impiego di Massa-Carrara (doc. 2 fascicolo parte resistente).

Nel novembre 2013, a seguito di un giudizio di parziale inidoneità alla mansione da parte del medico competente (che prescrisse di adibire la lavoratrice a mansioni che, oltre a non comportare movimentazione manuale di carichi, non richiedessero la stazione eretta prolungata, né la esponessero a repentine variazioni di temperatura), la ██████████ è stata adibita a mansioni sedentarie di accoglienza degli utenti presso l' ambulatorio LA PRADA di Avenza di Carrara (doc. 1).

E' agli atti un prospetto di tutte le assenze per malattia della ██████████ a ritroso dal dicembre 2017 al maggio 2011.

Con lettera datata 16 gennaio 2018 la APUAFARMA ha comunicato alla ██████████ la risoluzione del rapporto con effetto immediato per superamento del periodo di comporto ex art. 54 CCNL ANASTE preannunziato con lettera protocollata in data 28/11/2017.



Va anzitutto rilevato che l' art. 54 richiamato nella lettera di licenziamento è quello del CCNL del 2004 (periodo di vigenza 2002-2005) non applicabile *ratione temporis*.

Pare tuttavia utile riportarlo per confrontarlo con quello successivo (art. 63 CCNL 2017-2019) al fine di verificare se la disciplina collettiva sul superamento del periodo di comporto si ponga in conflitto con la direttiva comunitaria invocata dalla lavoratrice (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) e indiretta (lett. b).

L' art. 54 CCNL del 2004 rubricato "Trattamento economico di malattia" , così disponeva:

"L'assenza per malattia deve essere comunicata all'Istituzione al più presto e comunque prima dell'ora prevista per l'inizio della presenza al lavoro, salvo il caso di accertato impedimento; inoltre la lavoratrice ed il lavoratore devono far pervenire all'Istituzione il certificato medico di prima visita il giorno successivo l'inizio della malattia nonché i successivi certificati di prolungamento della malattia entro il giorno successivo alla data del rilascio, anche tramite comunicazione via FAX o posta.

La conservazione del posto si ha per 365 giorni nell'arco di un triennio mobile decorrente dal 1° gennaio 2000.

La conservazione del posto nei confronti delle lavoratrici e dei lavoratori in malattia potrà essere prorogata, a richiesta del personale, per un'ulteriore periodo, non frazionabile, di giorni 180 di calendario alle seguenti condizioni:

- a) che non si tratti di malattie croniche e/o psichiche;*
- b) che siano esibiti dalla lavoratrice e dal lavoratore regolari certificati medici;*
- c) che tale periodo sia considerato di "aspettativa" senza retribuzione.*

Oltre i limiti di cui sopra il datore di lavoro potrà effettuare la risoluzione del rapporto di lavoro, rimanendo salvo in ogni caso per la lavoratrice e il lavoratore il diritto al T.F.R. e all'indennità sostitutiva del preavviso.

In presenza di malattia, alla lavoratrice o al lavoratore non in prova sarà corrisposto, dal 1° gennaio 2000, il trattamento assistenziale ad integrazione dell'indennità di malattia a carico degli enti competenti fino al raggiungimento del 100% della normale retribuzione fino al 365°giorno, restando confermato sino ad allora il trattamento economico di cui al CCNL 2 agosto 1995.

Le indennità a carico dell'Istituzione non sono dovute se l'INPS non corrisponde per qualsiasi motivo le indennità di cui sopra; se l'indennità é corrisposta dall'INPS in misura ridotta l'Istituzione non é tenuta ad integrare la parte di indennità non corrisposta dall'Istituto assicuratore."



Tale disciplina – lo si ripete inapplicabile *ratione temporis* alla fattispecie in esame - non distingueva tra assenze per malattia continuative ed intermittenti, prevedendo il diritto del lavoratore a conservare il posto di lavoro se le assenze non superavano 365 giorni nell' arco di un triennio.

Più complessa ed articolata è la disciplina contemplata dal successivo CCNL 2017-2019 (applicabile *ratione temporis* alla fattispecie in esame) che all' art. 63 così dispone :

Malattia – Periodo di comporta

1. *Al lavoratore è garantita la conservazione del posto di lavoro per un periodo massimo di 180 giorni continuativi in un anno solare - calcolati a ritroso dall'ultimo evento morboso-decorso il quale il datore di lavoro avrà diritto di procedere al suo licenziamento, in deroga alle disposizioni di cui all'art. 2110 c.c.*

2. *Ferma restando l'ipotesi di cui al comma 1 che precede, al datore di lavoro è altresì concessa facoltà di licenziare il lavoratore, in deroga alle disposizioni di cui all'art. 2110 c.c., ove lo stesso - **nell'arco del triennio precedente l'ultimo evento morboso** - **abbia cumulato assenze per malattia frazionate, per un periodo complessivo di 120 giorni.***

3. *Nelle ipotesi che precedono, al lavoratore sarà riconosciuta la sola corresponsione dell'indennità sostitutiva del preavviso, calcolata ai sensi del CCNL, oltre che del T.F.R. e di ogni altra spettanza di fine rapporto, eventualmente maturata e dovuta, ai sensi del medesimo CCNL.*

4. *Le disposizioni di cui ai commi 1 e 2 che precedono non troveranno applicazione nei soli casi in cui il superamento del periodo di comporta si realizzi per effetto di aspettativa non retribuita per malattia, purché richiesta dal lavoratore prima della scadenza dei termini suindicati, nelle modalità ed alle condizioni stabilite dall'art. 64 del CCNL.*

5. *Le disposizioni del presente articolo non trovano applicazione ai lavoratori che si trovino nel periodo di prova.*

6. *Risulteranno utili, al calcolo del periodo di comporta, i giorni di assenza per malattia e per infortunio non dipendente da cause di lavoro, ritenuti cumulabili tra di essi.*

7. ***Sono esclusi, dal computo del periodo di comporta, i day hospital, i giorni di ricovero ospedaliero comprensivo dei conseguenti giorni di prognosi, i giorni di assenza per malattia dovuti a sclerosi multipla o necessari alla somministrazione al lavoratore di terapie salvavita (emodialisi, chemioterapie, ecc.), o quelli di assenza dovuti alle conseguenze direttamente collegate alla somministrazione di dette terapie, il tutto purché debitamente ed adeguatamente certificati, nello specifico.***



Il successivo art. 64 prevede inoltre una aspettativa non retribuita per malattia nei seguenti termini : *“Al lavoratore è concessa la facoltà di richiedere un’aspettativa non retribuita per malattia, in ragione di patologie gravi, purché continuativa e sino ad un periodo massimo di 120 giorni, ove la stessa richiesta sia supportata - e le ragioni ad essa sottese comprovate - da adeguata e specifica certificazione medica.”*

Come risulta dalla documentazione prodotta, nella fattispecie in esame la sig.ra ████████ ha cumulato un numero di assenze non continuative superiore a quello individuato sia dal previgente art. 54, sia dal comma 2 dell’ art. 63 CCNL 2017-2019.

La circostanza del superamento del numero di giorni di malattia rispetto al limite massimo previsto dalla contrattazione collettiva non è contestata dalla lavoratrice, la quale sostiene che – essendo tutte le malattie collegate al proprio stato di invalidità – non possano essere computati nel periodo di comportamento, pena la violazione della normativa a tutela del lavoratore disabile.

Il nodo dunque da sciogliere nella presente controversia è se costituisca discriminazione indiretta ex art. dell’ 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 e i disabili che si assentano dal lavoro per malattie collegate al loro stato di disabilità, come 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 trattata meno favorevolmente di quanto sia, 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 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 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.

Ritiene la Corte di non condividere il passo motivazionale della sentenza reclamata (pag. 10) secondo cui *“non ammettere il licenziamento del lavoratore invalido che sia stato assegnato a mansioni compatibili con il suo stato di salute o, comunque, ritenere la detraibilità dal periodo di comporto delle assenze determinate da malattie ricollegabili all'invalidità già presenti al momento dell'assunzione, comporterebbe un trattamento differenziato non espressamente previsto dalla legge, una ingiustificata compressione delle potenzialità organizzative dell'imprenditore che assume (obbligatoriamente) un lavoratore nelle categorie protette ex L. n.68/1999 e persino un incentivo alla deresponsabilizzazione del lavoratore, che viceversa deve concorrere con il datore di lavoro a tutelare, non solo la propria sicurezza (come desumibile dal Dlgs. n. 81/2008), ma anche la propria salute, così da non pregiudicare l'adempimento degli obblighi nascenti dal rapporto di lavoro. Senza contare che la ricorrente è stata assunta come soggetto normodotato ed è diventata disabile durante il rapporto di lavoro”*.

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.

Ed al riguardo ha dettato importanti linee guida che devono essere seguite nella risoluzione della presente controversia.

In quel caso, portato all'attenzione della CGUE, il giudice nazionale spagnolo aveva sollevato un problema di contrasto tra la Direttiva Europea sopra citata ed una norma contenuta nello Statuto dei Lavoratori che prevedeva - in modo generalizzato e senza alcuna deroga nel caso in cui le assenze siano poste in essere dal lavoratore disabile per malattie connesse al proprio status - il diritto del datore di lavoro di licenziare i lavoratori che avessero cumulato un numero rilevante di assenze dal lavoro intermittenti, seppur giustificate; norma introdotta dal legislatore spagnolo per combattere l'eccessivo assenteismo.

Secondo il giudice del rinvio i lavoratori con disabilità sarebbero più esposti degli altri lavoratori al rischio di essere licenziati per assenze intermittenti, indipendentemente dal fatto che il datore di lavoro sia o meno a conoscenza di tale condizione di disabilità. Esisterebbe, pertanto, una disparità di trattamento comportante una discriminazione indiretta fondata sulla disabilità, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera b), della direttiva 2000/78, senza che tale disparità di trattamento possa essere oggettivamente giustificata da una finalità legittima, come richiesto dal punto i) di tale disposizione.

Al riguardo la CGUD ha anzitutto precisato che spetta al giudice nazionale verificare se ci si trovi di fronte ad un lavoratore disabile nella accezione di handicap prevista dalla direttiva 2000/78, non necessariamente coincidente con quanto stabilito dai singoli Stati membri; ci si deve dunque trovare di fronte ad una limitazione di capacità, risultante in particolare da durature 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 un piano di uguaglianza con gli altri lavoratori.

Ciò premesso, 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 a una disabilità alla nozione generale di malattia; assimilazione non consentita in numerose pronunce (sentenza dell'11 aprile 2013, HK Danmark, C-335/11 e C-337/11, EU:C:2013:222, punto 75).



Ed allora, i criteri guida dettati dalla Corte di Giustizia per verificare la conformità dell'ordinamento nazionale al disposto di cui all' dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera b), i), della direttiva 2000/78, sono i seguenti :

“ il giudice nazionale deve verificare se la disparità di trattamento creatasi tra i lavoratori disabili e i lavoratori non disabili sia oggettivamente giustificata da una finalità legittima, se i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e se essi non vadano oltre quanto necessario per raggiungere l'obiettivo perseguito dal legislatore nazionale.”

Mutatis mutandis, nella fattispecie in esame l' obiettivo della contrattazione collettiva che disciplina il periodo di comporto per malattie sia continuative che intermittenti è quello di tutelare la produttività dell' impresa e l' efficienza del lavoro; esigenze fortemente minate da una eccessiva morbilità dei lavoratori stessi il cui costo a carico del datore di lavoro diventa insopportabile se non contraccambiato dallo svolgimento della prestazione lavorativa.

L' imprenditore infatti deve sostenere non solo i costi diretti dell'assenza dal lavoro, mediante il pagamento della retribuzione per il periodo c.d. “di carenza” (non coperto dalla prestazione previdenziale), ma anche gli oneri per la sostituzione del personale assente, tenuto altresì conto della particolare difficoltà di supplire ad assenze non continuative (come nella fattispecie in esame).

Nel caso di specie si deve dunque ritenere che i fini perseguiti siano oggettivamente legittimi.

Per quanto riguarda le misure utilizzate per raggiungere le finalità, la CGUE ha evidenziato al punto 43 come 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 (sentenza dell'11 aprile 2013, HK Danmark, C-335/11 e C-337/11, EU:C:2013:222, punto 81 e giurisprudenza citata).

Occorre, dunque, verificare nella fattispecie concreta oggetto di esame se la disciplina contenuta nel CCNL ANASTE applicato dalla società odierna reclamata per il perseguimento dei predetti obiettivi sia adeguata e non vada al di là di quanto è necessario per raggiungerli, tenuto altresì conto del contrapposto interesse al lavoro dei disabili che – come sottolineato in più occasioni dalla CGUE - incontrano maggiori difficoltà rispetto agli altri normodotati a reinserirsi nel mercato del lavoro ed hanno esigenze specifiche connesse alla tutela richiesta dalla loro condizione (v., in tale senso, sentenza dell'11 aprile 2013, HK Danmark, C-335/11 e C-337/11, EU:C:2013:222, punto 91).



Il giudice di merito dunque deve prendere in considerazione tutti gli elementi rilevanti per addivenire ad una decisione calata nel concreto, attraverso un bilanciamento dei contrapposti interessi in modo equilibrato e ragionevole.

Ed allora occorre evidenziare – in via generale - che la contrattazione collettiva - chiamata dall'art. 2110 comma 2° c.c. a disciplinare nei vari settori di applicazione della stessa il c.d. periodo di comportamento entro il quale il lavoratore che si assenta per malattia ha diritto alla conservazione del posto di lavoro con il relativo trattamento economico - si è evoluta nel tempo introducendo via via importanti differenziazioni per situazioni in cui il lavoratore venga colpito da gravi malattie spesso croniche ed invalidanti (quali quelle oncologiche o necessitanti di terapie salvavita o ad esse assimilabili) che pertanto vengono assoggettate ad una disciplina speciale, di maggior tutela rispetto alle altre malattie comuni che evolvono rapidamente in una completa guarigione.

Lo stesso CCNL ANASTE, nel suo rinnovo applicabile *ratione temporis* , ha introdotto alcune deroghe stabilendo al comma 7° dell' art. 63 sopra riportato l' esclusione dal computo del periodo di comportamento alcune assenze dovute a "*day hospital*", ricoveri ospedalieri, per la somministrazione di terapie salvavita e specificamente 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.

Ritiene la Corte che non vi siano ragioni giustificatrici per non includere in tale ambito derogatorio anche i casi di assenze dei lavoratori disabili per malattie connesse al proprio status di handicap, quale quello definito dalla direttiva comunitaria sopra richiamata.

Nella fattispecie in esame, come risulta dalla CTU espletata nella fase sommaria e non contestata dalle parti, tutte le assenze per malattia poste in essere dalla sig.ra ██████████ sono collegate al suo status di handicap, **il diabete mellito di tipo 2**, grave patologia metabolica cronica richiedente una specifica terapia con controlli glicemici costanti che necessariamente incidono negativamente sulla vita lavorativa del soggetto che ne soffre.

Trattasi senza alcun dubbio di una patologia rientrante nella nozione di handicap così come definita dalla direttiva comunitaria 2000/78.

Ritiene la Corte che non sia ragionevole la disparità di trattamento introdotta dalla contrattazione collettiva di riferimento che ha considerato solo la sclerosi multipla quale malattia le cui assenze non possano computarsi nel periodo di comportamento e non anche altre patologie altrettanto gravemente invalidanti, quale ad esempio proprio il diabete, soprattutto quando – come nella fattispecie in esame – si tratta di una forma avanzata in via di



peggioramento, come risulta dalla CTU espletata e dalla valutazione della Commissione medica degli invalidi civili che ha elevato il grado di invalidità permanente al 75%, con capacità lavorative dunque altamente ridotte.

Va altresì considerato che proprio a seguito di questa valutazione di invalidità civile, la ██████████ è stata introdotta nelle quote di riserva ex art. 3 della L. n. 68/1999, per cui è escluso che nella fattispecie in esame il datore di lavoro non fosse a conoscenza delle patologie permanenti da cui la lavoratrice era affetta sin dal 2009. E ciò a prescindere dal fatto che nei certificati medici inviati dalla lavoratrice per giustificare le assenze non sia stata barrata la casella corrispondente alla dicitura “ stato patologico sotteso o connesso alla situazione di invalidità riconosciuta”, come eccepito dalla società reclamata per sostenere la propria ignoranza della riconducibilità delle assenze allo status di handicap, tenuto altresì conto del fatto che nei predetti certificati risulta sempre la diagnosi di “diabete mellito” e cioè della patologia più importante tra quelle che hanno portato al riconoscimento della invalidità civile superiore ai due terzi.

La legge n. 68 del 1999, nel testo vigente all’ epoca dei fatti di causa e quindi con le modifiche apportate dal decreto legislativo 14 settembre 2015, n. 151, contempla una articolata disciplina relativa all’ avviamento al lavoro del disabile, attribuendo al datore di lavoro - oltre a una serie di benefici economici tra cui gli incentivi alle assunzioni previsti dall’ art. 13 - la facoltà di richiedere, in caso di aggravamento delle patologie, l’ accertamento della compatibilità delle mansioni affidate con il suo stato di salute, e ciò al fine di verificare se possa continuare ad essere proficuamente utilizzato all’ interno dell’ azienda (art. 10); non solo, tale norma prevede che, in caso di accertata incompatibilità, il datore di lavoro possa sospendere il lavoratore senza retribuzione per tutto il tempo in cui tale incompatibilità persista.

A ciò va aggiunto che l’ art. 62 del CCNL ANASTE , 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 di INPS che, nel settore del terziario e dei servizi copre i giorni di assenza giustificati dai certificati di malattia per un periodo massimo di 180 giorni all’ anno.

Trattasi di una copertura particolarmente significativa che va dunque ben oltre il limitato periodo di 120 giorni nell’ ultimo triennio precedente all’ultimo evento morboso previsto dall’ art. 63 CCNL ANASTE quale limite per la conservazione del posti di lavoro in caso di malattie intermittenti; pertanto



nella maggior parte dei casi (compreso quello della ██████████ che nel triennio da gennaio 2015 a dicembre 2017 ha accumulato un numero di assenze intermittenti inferiore a 180 giorni all' anno tranne che nel 2016) gli oneri prettamente retributivi a carico del datore di lavoro sono davvero contenuti.

Si può dunque concludere che nella fattispecie concreta l'esclusione dal computo del periodo di comporta 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 secondo la procedura di cui al cit. art. 10 della L. n. 68 del 1999; controllo che – nel caso della ██████████ - è avvenuto solo nel 2013 su richiesta della lavoratrice, mentre il datore di lavoro non ha mai utilizzato questo strumento per verificare, anche in considerazione delle numerose assenze avvenute nel 2016 (addirittura superiori ai 180 giorni di copertura della malattia da parte dell' INPS), l' eventuale ulteriore aggravamento delle patologie invalidanti tale da renderla incompatibile a qualsiasi mansione presente in azienda; il tutto per poter 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.

Non è pertanto corretta – seppur suggestiva - la tesi della società reclamata secondo cui, ad accogliere la tesi sostenuta dalla reclamante, 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.

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 ANASTE, nel non ha contemplare un regime differenziato del periodo di comporta per malattie connesse allo stato di handicap (irragionevolmente prevedendo al comma 7 dell' art. 63 l'esclusione dal computo solo per i soggetti affetti da sclerosi multipla) hanno 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).



E una simile discriminazione indiretta è tale da provocare la nullità del licenziamento della sig.ra [REDACTED] disposto dalla APUAFARMA in applicazione della suddetta previsione contrattuale.

Ne consegue che, in riforma dell'impugnata sentenza ed in applicazione del disposto di cui al comma 1 dell'art. 18 S.L, così come modificato dalla L. n. 92/2012, va dichiarata la nullità del licenziamento intimato dalla società alla sig.ra [REDACTED] con conseguente diritto della stessa ad essere reintegrata nel posto di lavoro e alla corresponsione di tutte le mensilità (da calcolarsi sulla base dell'ultima retribuzione globale di fatto pari ad €. 1.536,61) dal licenziamento alla reintegra, oltre alla regolarizzare della sua posizione contributiva ed assicurativa presso gli Enti competenti.

Per quanto riguarda le spese di lite, si rileva che il giudice del gravame che riformi, anche parzialmente, la sentenza impugnata è tenuto a regolamentarle integralmente *ex novo* in base all'esito complessivo della causa.

Infatti, in caso di riforma -anche parziale- della sentenza di primo grado da parte del giudice di appello, anche la statuizione relativa alle spese contenuta nella prima decisione viene ad essere travolta dalla sentenza di secondo grado.

Pertanto il giudice di appello ha il potere-dovere di rinnovare totalmente la regolamentazione di tali spese, provvedendo con un apprezzamento unitario in base all'esito finale della lite (cfr. Suprema Corte di Cassazione sezione VI ordinanza 21 gennaio 2015, n. 930), senza che rilevi che in qualche grado o fase del giudizio la parte poi definitivamente soccombente abbia conseguito un esito ad essa favorevole (cfr. *ex multis* Cass. 13 marzo 2013, n. 6369; id, 29 settembre 2011, n. 19880; 23 luglio 2010, n. 17351; 9 marzo 2004, n. 4778).

Nel caso in esame, in considerazione della peculiarità delle questioni trattate e della presenza di orientamenti contrastanti (tra cui quello seguito dal Tribunale di Massa nella sentenza impugnata avvalorata da una sentenza della Corte di Cassazione n. 9395/2017 sopra citata che ha escluso dal computo del periodo di comporto soltanto le malattie conseguenti ad un comportamento colposo del datore di lavoro consistente nell'adibizione a mansioni incompatibili con lo stato di invalidità), 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 nella formulazione originaria conseguente alla sentenza n.77 del 2018 della Corte Costituzionale che ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 13 comma 1 del D.L. n. 132/2014 convertito in L. n. 162/2014 che aveva limitato



il potere discrezionale del giudice di merito di compensare le spese tra le parti, parzialmente o per intero, solo in presenza dell' assoluta novità della questione e di mutamento dell' orientamento giurisprudenziale) per compensare integralmente tra tutte le parti in causa le spese di lite di entrambi i gradi di giudizio.

P.Q.M.

La Corte, in riforma della sentenza reclamata, dichiara la nullità del licenziamento intimato dalla società APUAFARMA oggi NAUSICAA s.p.a. alla sig.ra [REDACTED] ordina a NAUSICAA s.p.a di reintegrare la lavoratrice nel posto di lavoro; condanna NAUSICAA s.p.a a corrispondere alla lavoratrice le retribuzioni maturate e maturande dal licenziamento alla reintegra, nonché alla regolarizzazione della sua posizione contributiva ed assicurativa presso gli Enti competenti.
Compensa integralmente tra le pari le spese di entrambi i gradi di giudizio.

Genova, 09/07/2021

Il giudice relatore ed estensore
(Dott.ssa Giuliana Melandri)

Il Presidente
(Dott. Alvaro Vigotti)

