

RG 351/2021

Tribunale di Mantova
VERBALE D'UDIENZA

XXXX con l'avv. XXXX

Contro

XXXX con l'avvocato STRULLATO ARTURO

Oggi 22/09/2021 sono comparsi il ricorrente personalmente e i procuratori delle parti che discutono la causa riportandosi ai rispettivi scritti difensivi ed insistendo per l'accoglimento delle istanze, eccezioni, deduzioni e conclusioni in essi rassegnate

Il giudice esperisce il tentativo di conciliazione che dà esito negativo poiché il convenuto, anche in ragione dell'aggravarsi delle sue condizioni fisiche, ritiene di non poter accettare una proposta di incentivo all'esodo o, comunque, qualsiasi altra proposta di natura economico-indennitaria, preferendo conservare il posto di lavoro, mentre la società ricorrente reputa di non potere procedere alla reintegrazione del lavoratore.

I procuratori delle parti, nel caso in cui il giudice ritenesse la causa matura per la decisione, rinunciano a presenziare alla lettura della sentenza.

Il Giudice trattiene la causa in decisione e, all'esito della camera di consiglio, pronuncia dispositivo di sentenza con contestuale motivazione pubblicamente letti.



RG.351/2021



**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE di MANTOVA
SEZIONE LAVORO**

Il Tribunale, nella persona del Giudice dott.ssa Simona Gerola , ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa promossa da:

XXXX rappresentata e difesa dagli Avv.ti **XXXX**

contro

XXXX assistito e difeso dall'avv. Arturo Strullato

CONCLUSIONI

Per la parte ricorrente

In via principale:

Accogliere la presente opposizione e, per l'effetto (i) dichiarare la legittimità del licenziamento per superamento del periodo di comporto intimato da **XXXX** nei confronti del Sig. **XXXX** , (ii) dichiarare risolto il rapporto di lavoro intercorso fra le parti alla data del 19 marzo 2021, con tutte le conseguenze restitutorie in relazione alla pronuncia dell'Ordinanza e, dunque, condannando il Sig. **XXXX** alla restituzione di ogni somma ricevuta per effetto della stessa;

In via subordinata:

Nella denegata e non creduta ipotesi di accertamento dell'infondatezza del licenziamento per superamento del periodo di comporto, condannare **XXXX** al pagamento di un'indennità risarcitoria minima, dedotto ogni corrispettivo percepito dal Sig. **XXXX** nel periodo di estromissione per lo svolgimento di altre attività lavorative, nonché dedotto quanto il Lavoratore avrebbe potuto percepire dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione.

In ogni caso:

Con vittoria di spese (anche forfettarie), onorari e competenze professionali, oltre rimborso della somma versata a titolo di contributo unificato all'atto di iscrizione a ruolo

Per la parte resistente

Nel merito ed in via principale:

- Rigettare il ricorso in opposizione ex art. 1 co. 51 L. 92/12 proposto da **XXXX** , in quanto infondato fatto ed in diritto;

In via subordinata:

- nella denegata ipotesi in cui non si ravvisasse il carattere discriminatorio del licenziamento, previo accertamento comunque dell'illegittimità del licenziamento intimato, per i motivi e le causali sopra esposte, e per l'effetto:

a. ordinare a **XXXX** la reintegrazione del Sig. **XXXX** nel posto di lavoro;

b. condannare **XXXX** alla reintegrazione del Sig. **XXXX** e al risarcimento del danno pari

ad un'indennità commisurata alla retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento a quello



dell'effettiva reintegra, oltre ad interessi e rivalutazione monetaria, in ogni caso non inferiore a cinque mensilità della retribuzione globale di fatto;

c. condannare XXXX al versamento di tutti i contributi previdenziali ed assistenziali dal giorno del licenziamento a quello dell'effettiva reintegra, oltre ad interessi e rivalutazione monetaria.

In via ulteriormente subordinata:

- accertata l'annullabilità e/o l'illegittimità e/o l'inefficacia o come meglio ritenuto, per i motivi e le causali sopra esposte, del licenziamento intimato, per l'effetto:

a. dichiarare risolto il rapporto di lavoro alla data del 19.03.2021;

b. condannare XXXX, nella persona del legale rappresentante *pro tempore*, al pagamento di un'indennità commisurata alla retribuzione globale di fatto per ventiquattro mensilità o alla minore ritenuta di giustizia in ragione dei criteri previsti dall'art.18 L. 300/1970.

In ogni caso:

Competenze professionali del presente giudizio interamente rifuse, oltre IVA e CPA come per legge.

Esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione

Con ricorso depositato in data 23.07.2021 la XXXX proponeva opposizione ex art. 1 comma 51 l.92/2012 avverso l'ordinanza 2 luglio 2021 con la quale il Tribunale di Mantova ha dichiarato nullo il licenziamento intimato a XXXX e condannato la Società convenuta a reintegrare il lavoratore e al pagamento di una indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento a quello dell'effettiva reintegra, oltre accessori di legge e versamento dei contributi previdenziali e assistenziali.

La XXXX dichiarava di censurare ogni singolo passaggio della suddetta ordinanza *frutto non solo di una interpretazione errata della normativa applicabile, ma soprattutto di una suggestiva ricostruzione del tutto estranea alla realtà dei fatti.*

Il procuratore della opponente rilevava in particolare che tanto la diagnosi della patologia del retto del dicembre 2020 quanto il riconoscimento dell'invalidità civile nella misura dell'80% a far data dal 8 gennaio 2021 erano circostanze totalmente sconosciute alla XXXX in quanto mai prima della notifica del ricorso sono state comunicate al datore di lavoro da chicchessia posto che negli incontri avvenuti ad inizio marzo 2021 tra il Segretario della XXXX di Mantova, la dott.ssa XXXX ed il dott. XXXX, il sig. XXXX non ha riportato alcun dettaglio circa lo stato di salute del Lavoratore né, tantomeno, ha chiesto o ipotizzato di chiedere nell'interesse del sig. XXXX il periodo di aspettativa previsto dal CCNL per i malati oncologici.

Deduceva la perfetta legittimità dell'intimato licenziamento atteso che nel periodo dal 18 aprile 2018 al 19 marzo 2021, il sig. XXXX si è assentato per malattia per un periodo complessivo pari a 375 giorni a fronte di un periodo per la conservazione del posto di lavoro previsto dal CCNL pari a 365 giorni e la XXXX non aveva obbligo alcuno di comunicare al lavoratore l'approssimarsi del superamento del periodo di comporta.

In via subordinata rilevava che neppure a fronte ad una ipotetica conoscenza dell'effettivo stato di salute del ricorrente, la condotta del datore di lavoro integra una forma di discriminazione in quanto non essendo a conoscenza *dello stato di salute del lavoratore non era comunque nella condizione di poter adottare "comportamenti idonei a evitare la discriminazione indiretta"* e che la mera previsione di un periodo di comporta identico per lavoratori disabili e normodotati non integra una discriminazione.

Rassegnava le conclusioni indicate in epigrafe

Si costituiva ritualmente XXXX contestando la fondatezza dell'opposizione.

In punto di fatto ribadiva quanto allegato nella prima fase del giudizio e riaffermava in particolare che durante gli incontri delle prime due settimane del mese di marzo 2021 il Segretario della XXXX di Mantova ha informato i responsabili aziendali della grave patologia del ricorrente ed ha valutato insieme a loro la possibilità di fare fruire al lavoratore il periodo di aspettativa previsto dal CCNL per i malati oncologici.



In punto di diritto contestava tutti i motivi di opposizione del datore di lavoro rimasto contumace nella prima fase del giudizio e ribadiva, richiamando peraltro una recente sentenza della Corte di Appello di Roma, che la conoscenza della patologia invalidante da parte del datore di lavoro non costituisce *conditio sine qua non* per l'affermazione della illegittimità del licenziamento intimatogli per superamento del periodo di comporta.

Per scrupolo difensivo trascriveva tutte le deduzioni svolte nella fase sommaria e rassegnava le conclusioni indicate in epigrafe.

La causa, istruita mediante la documentazione versata in causa dalle parti, all'odierna udienza veniva discussa e decisa.

Ritiene questo Tribunale che i motivi di opposizione spiegati dal datore di lavoro non consentano di mutare l'orientamento sposato in fase "sommaria", che sarà in questa sede ribadito.

Analizziamo cronologicamente i fatti di causa che trovano sicuro supporto nella documentazione versata in causa dal lavoratore.

Nel mese di dicembre 2020 è stata diagnosticato a XXXX un patologia tumorale al retto, con necessità di intervenire chirurgicamente (cfr. doc.5 fase sommaria) e in data 09.12.2020 egli ha presentato la domanda per il riconoscimento dell'invalidità civile; in data 28.01.2021 il ricorrente è stato sottoposto a intervento chirurgico di resezione anteriore del retto (cfr. doc.6 fase sommaria) e poi sottoposto a ciclo di chemioterapia; in data 19.03.2021 il sig. XXXX è stato ricoverato d'urgenza, la chemioterapia è stata sospesa sino al 30.04.2021 per ulteriori accertamenti e il datore di lavoro ha spedito la lettera di licenziamento per superamento del periodo di comporta per essere stato in congedo per malattia n. 375 giorni nel periodo dal 18.4.2018 al 15.4.2021; in data 16.04.2021 l'INPS di Reggio Emilia ha riconosciuto a XXXX l'invalidità nella misura dell'80% e lo stato di handicap grave ai sensi dell'art.3, comma 3 della L. 104/92 con decorrenza dalla domanda amministrativa e la malattia maturata dal lavoratore dal 08.01.2021 al 19.03.2021, pari a 61 giorni, è sicuramente riconducibile alla patologia neoplastica invalidante (cfr. doc 12 fase sommaria).

Il datore di lavoro ha contestato fermamente di essere stato a conoscenza della grave patologia di cui è affetto il dipendente e ha negato di aver discusso della possibilità di fare fruire al sig. XXXX il periodo di aspettativa previsto dal CCNL per i malati oncologici con il Segretario della XXXX di Mantova.

Si è ritenuto superfluo esperire istruttoria orale sul punto poiché alla luce del più recente orientamento di merito, al quale si ritiene di aderire nella particolare fattispecie per cui è causa, la conoscenza effettiva della patologia di cui è affetto il disabile non assume un valore determinante. In tema di comporta e aspettativa per malattia l'art. 2 della sezione quarta del titolo VI del CCNL per i lavoratori addetti all'industria metalmeccanica e alla installazione degli impianti prevede:

In caso di interruzione del servizio dovuta a malattia o infortunio non sul lavoro, il lavoratore non in prova ha diritto alla conservazione del posto per un periodo, definito comporta breve, di:

- a) 183 giorni di calendario per anzianità di servizio fino a 3 anni compiuti;
- b) 274 giorni di calendario per anzianità di servizio oltre i 3 anni e fino ai 6 anni compiuti;
- c) 365 giorni di calendario per anzianità di servizio oltre i 6 anni.

Il lavoratore ha diritto ad un periodo di conservazione del posto, definito comporta prolungato, nei seguenti casi:

- evento morboso continuativo con assenza ininterrotta o interrotta da un'unica ripresa del lavoro per un periodo non superiore a 61 giorni di calendario;
- quando si siano verificate almeno due malattie comportanti, ciascuna, una assenza continuativa pari o superiore a 91 giorni di calendario;
- quando alla scadenza del periodo di comporta breve sia in corso una malattia con prognosi pari o superiore a 91 giorni di calendario.

Il comporta prolungato è pari a:

- a) per anzianità di servizio fino a 3 anni compiuti: 274 giorni di calendario;
- b) per anzianità di servizio oltre 3 anni e fino ai 6 compiuti: 411 giorni di calendario;
- c) per anzianità di servizio oltre i 6 anni: 548 giorni di calendario.



I suddetti periodi di conservazione del posto e le causali di prolungamento si intendono riferiti alle assenze complessivamente verificatesi nei tre anni precedenti ogni nuovo ultimo episodio morboso. Resta salvo quanto previsto dalle norme in materia per la conservazione del posto dei lavoratori affetti da TBC. Superato il periodo di conservazione del posto, fermo restando quanto previsto nel paragrafo Aspettativa, ove l'azienda risolve il rapporto di lavoro, corrisponderà al lavoratore il trattamento completo previsto dal presente Contratto per il caso di licenziamento ivi compresa l'indennità sostitutiva del preavviso. Qualora la prosecuzione della malattia oltre i termini suddetti non consenta al lavoratore di riprendere servizio, questi può risolvere il rapporto di lavoro con diritto al solo trattamento di fine rapporto. Ove ciò non avvenga e l'azienda non proceda al licenziamento il rapporto rimane sospeso salvo la decorrenza dell'anzianità agli effetti del preavviso.

Aspettativa

Al superamento dei limiti di conservazione del posto di cui al paragrafo precedente il lavoratore potrà usufruire, se previamente richiesto in forma scritta, dell'aspettativa per malattia, per un periodo continuativo e non frazionabile, prolungabile fino ad un massimo di 24 mesi per una sola volta nel triennio di riferimento, periodicamente documentata, fino alla guarigione clinica debitamente comprovata, che consenta al lavoratore di assolvere alle precedenti mansioni.

Durante il periodo di aspettativa non decorrerà retribuzione, né si avrà decorrenza di anzianità per tutti gli istituti. Il lavoratore in aspettativa con anzianità di servizio superiore ad 8 anni potrà chiedere l'anticipazione del trattamento di fine rapporto. Le assenze determinate da patologie gravi che richiedono terapie salvavita, che comportano una discontinuità nella prestazione lavorativa, che comunque non fanno venir meno la capacità di prestazione lavorativa anche se intervallate nel tempo, consentiranno al lavoratore all'atto del superamento del periodo di conservazione del posto di lavoro di poter fruire dell'aspettativa, anche in maniera frazionata, in rapporto ai singoli eventi terapeutici necessari. A tali fini il lavoratore fornirà all'azienda le dovute informazioni che l'azienda medesima tratterà nel rispetto delle norme in materia sulla tutela della privacy. Decorso anche il periodo di aspettativa senza che il lavoratore abbia ripreso servizio, l'azienda potrà procedere alla risoluzione del rapporto.

Questi i fatti e le norme collettive .

In punto di diritto , come è noto, il lavoratore che ha subito un infortunio o si trova in malattia ha diritto alla conservazione del posto di lavoro per un periodo (c.d. periodo di comporto) stabilito dalla legge, dal CCNL o, in mancanza, dagli usi (art. 6, comma 4, RDL 1825/24; art. 2110, comma 2, c.c.). Il datore di lavoro non può licenziare il lavoratore durante tale periodo protetto, salvo che sussista una giusta causa di recesso, il lavoratore sia definitivamente inidoneo allo svolgimento delle prestazioni o invalido oppure sia intervenuta la cessazione totale dell'attività d'impresa.

Nondimeno, il D.Lgs 216/03, che ha recepito 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).

L'art. 2 del D.lgs. 216/2003, in particolare, individua una discriminazione indiretta allorché "una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri possono mettere le persone che professano una determinata religione o ideologia di altra natura, le persone portatrici di handicap, le persone di una particolare età o di un orientamento sessuale in una situazione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone".

Una consolidata interpretazione del principio di eguaglianza sostanziale di cui all'art. 3 Cost., conformemente al diritto dell'Unione e della Cedu, sancisce il vincolo gravante sul legislatore nel realizzare la pari soggezione di tutti alla legge senza operare discriminazioni, cioè senza adottare trattamenti irragionevolmente differenziati. Ciò significa che la legge deve essere egualmente differenziata in modo da trattare in modo eguale situazioni eguali e in modo diverso situazioni diverse. Pertanto, ipotesi di discriminazione potranno derivare non solo dal diverso trattamento di



persone che si trovano in una situazione analoga, ma anche da un medesimo trattamento riservato a persone che si trovano in situazioni diverse.

In quest'ultimo caso si configura una discriminazione indiretta, in quanto la differenza non risiede nel trattamento sostanzialmente previsto dal legislatore, quanto piuttosto negli effetti che esso produce, che hanno conseguenze diverse per persone dotate di caratteristiche differenti.

Al tema oggetto di giudizio è necessario approcciarsi, quindi, in ossequio ai principi che l'ordinamento giuslavoristico ha fatto propri nel più recente passato, grazie all'apporto del diritto dell'Unione Europea, avuto specifico riguardo all'esigenza di assicurare una 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.

Sul punto, occorre rammentare le linee portanti della Direttiva 2000/78/CE "quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro", secondo cui "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" (16° Considerando), "il divieto di discriminazione non dovrebbe pregiudicare il mantenimento o l'adozione di misure volte a prevenire o compensare gli svantaggi incontrati da un gruppo di persone... avente determinati handicap..." (26° Considerando), "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, ha 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" (27° Considerando). Sicché, "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 2000/78/CE).

La sentenza della Corte di giustizia UE, sez. II, 11/04/2013, n. 335, al punto 76 riferisce, riguardo ad una norma del diritto danese: "(...) 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 [legge danese sulla riduzione del preavviso in caso di malattia]. 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."

La CEDU, inoltre, con la recente pronuncia 18.01.2018, resa nella causa C-270/16, relativa all'interpretazione della sopra richiamata direttiva e con specifico riferimento al divieto di discriminazione diretta ed indiretta basata sull'handicap, in relazione alle condizioni di licenziamento, ha affermato che l'art. 2, paragrafo 2, lett. b, della direttiva 2000/78/CE osta ad una normativa nazionale che consente al datore di lavoro di licenziare un lavoratore in ragione di assenze intermittenti dal lavoro, sebbene giustificate, laddove tali assenze siano imputabili alla disabilità di cui soffre il lavoratore, tranne se tale normativa, nel perseguire un obiettivo legittimo (nella fattispecie specificamente individuato nella lotta all'assenteismo), non va al di là di perseguire tale obiettivo, circostanza che spetta al giudice del rinvio valutare.

Ad avviso della Corte di Giustizia la nozione di handicap ai sensi della direttiva 2000/78 -ed ai fini della sua applicazione - deve essere intesa come riguardante una limitazione di capacità, risultante,



in particolare, da durature menomazioni fisiche, mentali o psichiche, che, in interazione con barriere di diversa natura, possa ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale, su un piano di uguaglianza con gli altri lavoratori (cfr., sent. 9.3.2017 - Milkova, C-406/15).

Quanto al rapporto tra disabilità e malattia, poi, sempre la Corte di Giustizia ha 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””, dovendosi escludere “un’assimilazione pura e semplice delle due nozioni”, in quanto “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 (cfr., Corte Giustizia, Navas vs. Eurest Colectividades SA, C-13/05).

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” (cfr., sempre Corte Giustizia, Navas vs. Eurest Colectividades SA, C-13/05). Sotto un profilo di ordine generale, quindi, 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, secondo un orientamento della giurisprudenza di merito, ogniqualvolta la malattia sia di lunga durata, necessiti di cure ripetute e invalidanti, e/o abbia l’attitudine a incidere negativamente sulla vita professionale del lavoratore anche costringendolo a reiterate assenze

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).

La discriminazione indiretta, come quella diretta opera in modo oggettivo, non rilevando in alcun modo l’intento soggettivo di colui che pone in essere la discriminazione.

A lungo la giurisprudenza di legittimità ha equiparato il licenziamento discriminatorio a quello ritorsivo, e ciò sino alla pronuncia chiarificatrice intervenuta nel 2016 (cfr., Cass., Lav., n. 6575/2016), che, dando atto della volontà del legislatore già esplicitata con le novelle del 2012 e 2015, ha chiaramente enunciato che il licenziamento discriminatorio è una fattispecie a sé stante, non più sovrapponibile a quello ritorsivo, non essendo la discriminatorietà esclusa dalla sussistenza di un’altra legittima ragione posta a base del recesso, in ciò consistendo la differenza con la ritorsione, che consiste in una condotta atipica e con riferimento alla quale occorre ricercare il motivo illecito determinante.

Più nello specifico, infatti, la Corte ha rilevato che “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. ... 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 ..." (cfr., Cass., Lav. n. 6575/2016).

Vige, in materia, un regime probatorio alleggerito, in quanto: - per la discriminazione diretta, la prova deve riguardare il fattore di rischio, il trattamento che si assume meno favorevole assunto nei suoi confronti, il trattamento che si assume più favorevole assunto nei confronti dei soggetti che non sono portatori del fattore di rischio, il nesso causale tra il fattore di rischio ed il trattamento deteriore; - per la discriminazione indiretta, la prova deve riguardare il fattore di rischio, la disposizione - il criterio o la prassi di cui si deduce la discriminatorietà, gli effetti di queste misure sul portatore del fattore di rischio e su coloro che non siano portatori, il particolare svantaggio che risulta dal confronto degli effetti sul primo gruppo e sugli altri gruppi. Pur senza giungere ad una completa inversione dell'onere probatorio, tuttavia è stata affermata, nella più fedele attuazione della normativa europea, l'operatività di un regime presuntivo "alleggerito" (cfr., Cass. Lav., n. 23338/2018).

In proposito, al punto 39 della già menzionata sentenza della Corte di Giustizia dell'UE del 18.1.2018 - causa C-270/16 si legge che "rispetto a un lavoratore non disabile, un lavoratore disabile è esposto al rischio ulteriore di assenze dovute a una malattia collegata alla sua disabilità. Egli è quindi soggetto a un maggiore rischio di accumulare giorni di assenza per malattia e, quindi, di raggiungere i limiti ... Risulta, dunque, che la norma di cui a tale disposizione è idonea a svantaggiare i lavoratori disabili e, quindi, a comportare una disparità di trattamento indirettamente basata sulla disabilità 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)"; la Corte, inoltre, ha precisato che "non si deve (...) ignorare 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 (v., in tale senso, sentenza dell'11 aprile 2013, HK Danmark, C-335/11 e C337/11, EU:C:2013:222, punto 91)".

Tanto premesso, facendo ricorso ad un'interpretazione costituzionalmente orientata (in adesione al principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 Cost.) ed aderente alla normativa ed alla giurisprudenza comunitaria sopra richiamata, parte della giurisprudenza di merito ha statuito che costituisce discriminazione indiretta la previsione per un lavoratore disabile e per un lavoratore non disabile del medesimo periodo di comporto, attesa la necessità di differenziazione della tutela, da adeguare alla situazione peculiare (c.d. fattore di rischio) in cui versano i soggetti disabili ed ha stabilito che in applicazione dell'articolo 2 della direttiva comunitaria 2000/78/CE, nel caso di persone portatrici di un particolare handicap, il datore di lavoro, al fine di evitare la discriminazione indiretta in caso di licenziamento per superamento del periodo di comporto, va ritenuto obbligato ad adottare misure adeguate, conformemente ai principi dell'art. 5, per ovviare agli svantaggi provocati da tale disposizione (come sottrarre dal calcolo del comporto i giorni di malattia ascrivibili all'handicap o individuare un ulteriore giustificato motivo di licenziamento).

Alla luce di tutto ciò sembra che, ai fini della irrogazione di un licenziamento, concepire per un soggetto disabile contraddistinto da una permanente grave patologia, il medesimo periodo di comporto previsto per un soggetto non afflitto da handicap, contrasti apertamente con i corollari del principio di parità di trattamento per cui situazioni diverse meritano un trattamento differenziato e configuri quella discriminazione indiretta di cui alla direttiva 2000/78/CE.



Quindi, pur evitando “pericolose” generalizzazioni che finirebbero, di fatto, per scardinare l’impianto normativo che disciplina la materia del comporto ed assicurare un (temporalmente) illimitato diritto alla conservazione al posto di lavoro a chi si assenta per malattia, ritiene questo giudice che nel caso di specie possano trovare applicazione i principi suesposti

Nella fattispecie in esame, infatti, XXXX è affetto da una grave patologia, è invalido nella misura dell’80% e versa in uno stato di handicap grave ai sensi dell’art.3, comma 3 della L. 104/92 con decorrenza dal 09.12.2020 ed egli ha superato il periodo di comporto per assenze per patologia correlate alla disabilità posto che la malattia maturata dal lavoratore dal 08.01.2021 al 19.03.2021, pari a 61 giorni, è sicuramente riconducibile alla patologia neoplastica invalidante.

L’adesione ai predetti orientamenti giurisprudenziali nazionali e comunitari induce a ravvisare, nella fattispecie, un’ipotesi di discriminazione indiretta, essendo stato contemplato, all’art. 2 sez. quarta titolo VI del CCNL applicabile, sia per i lavoratori disabili, che per i lavoratori non affetti da disabilità, il medesimo periodo di comporto, nonostante i lavoratori disabili presentino maggiori fattori di rischio rispetto ai lavoratori non affetti da disabilità, ovvero il “rischio ulteriore di assenze dovute a una malattia collegata alla [loro] disabilità” e quindi il “rischio di accumulare giorni di assenza per malattia”.

Né risulta che, nella fattispecie, il datore di lavoro abbia assunto comportamenti idonei a evitare la discriminazione indiretta (quali, ad esempio, la non computabilità nel periodo di comporto 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 comporto o della possibilità di fruire dell’aspettativa non retribuita come, peraltro, pare essere stato suggerito dal sindacalista – sul punto, si veda, Tribunale di Bologna, ordinanza del 15.04.2014, est. Sorgi), essendosi lo stesso limitato ad applicare “alla lettera” la norma contrattual-collettiva di cui sopra.

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

Le considerazioni che precedono comportano l’accoglimento della domanda svolta in via principale da XXXX di nullità dell’intimato licenziamento ai sensi dell’art. 18, commi 1 e 2, Stat. Lav., con la conseguenza che il datore di lavoro deve essere condannato alla reintegra del lavoratore nel posto di lavoro ed al pagamento di un’indennità risarcitoria commisurata all’ultima retribuzione globale di fatto (pari ad euro ad € 2.451,26 come da doc. 16 fase sommaria) a quello della effettiva reintegra, oltre rivalutazione monetaria ed interessi, oltre al pagamento dei contributi previdenziali ed assistenziali dal giorno del licenziamento a quello dell’effettiva reintegrazione, maggiorato degli interessi nella misura legale.

Ne consegue il rigetto dell’opposizione.

Andrà ribadito anche in questa sede che la novità della questione giuridica trattata, la peculiarità della vicenda, l’esistenza di sentenze di merito di segno opposto e l’assenza di precedenti specifici di legittimità impongono l’integrale compensazione delle spese processuali tra le parti.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando, disattesa ogni altra istanza, eccezione e deduzione, così provvede: rigetta l’opposizione proposta da XXXX avverso l’ordinanza del Tribunale di Mantova pubblicata in data 2.7.2021 e dichiara compensate fra le parti le spese di lite

Così deciso in Mantova, il 22.9.2021

Il giudice



Sentenza n. 126/2021 pubbl. il 22/09/2021
RG n. 351/2021

dott.ssa Simona Gerola

