

CORTE D'APPELLO DI TORINO,
Sez. Lav., Sentenza 26 ottobre
2021 - Pres. FIERRO - RO.MEC.
srl (Avv.ti R. DE GUGLIELMI,
L.C. GUELFO, M. SIBONA) c.
KOULAL NOUREDDINE (Avv.ti
R. SCOZIA, F. RAFFONE).

Lavoratori disabili - Malattia non dovuta alla disabilità - Licenziamento per superamento del comportamento - Discriminazione indiretta - Insussistenza.

Non costituisce discriminazione indiretta un periodo di conservazione del posto di lavoro determinato dalla contrattazione collettiva in misura uguale per i lavoratori normodotati e per i disabili, specie laddove il CCNL di settore preveda un comportamento prolungato con una clausola che tuteli in modo specifico i lavoratori esposti al rischio di assenze particolarmente durature a causa delle loro condizioni di salute, controbilanciando così il rischio aumentato di assenze a causa di malattia invalidante gravante su questi ultimi col diritto ad un periodo più

lungo di conservazione del posto di lavoro ().*

Oggetto: Reclamo ex art. 1, comma 58, L. 92/2012.

CONCLUSIONI

Per la reclamante: Piaccia all'Ecc.ma Corte, *reiectionis contrariis*, In riforma della sentenza resa *inter partes* dal Tribunale di Ivrea, in funzione di giudice del lavoro, n. 183/2021 del 15/6/2021, respingere le domande tutte proposte dal sig. Koulal Nouredine con ricorso in data 20/12/2019, e per l'effetto assolvere la RO.MEC. srl da ogni avversaria pretesa ed istanza. Con vittoria di onorari e spese di causa, oltre rimborso forfetario 15%.

Per il reclamato: Voglia l'Ecc.ma Corte d'Appello di Torino **In via principale** Respinta ogni contraria istanza, eccezione e deduzione Rigettare l'appello avanzato dalla società RO.MEC. srl avverso la sentenza del Tribunale di Ivrea, Sezione Lavoro, n. 183/2021 pub-

di comportamento dei lavoratori disabili, segue il testo della sentenza in epigrafe.

(*) Il commento di Gabriele Moro, *La Corte di appello di Torino e il principio di non discriminazione nel periodo*

blicata il 15 giugno 2021 nella causa RG 63/2021; **In via incidentale, in riforma della gravata sentenza** Dichiarare tenuta e condannare la RO.MEC. srl a rifondere al signor Noureddine Koulal le spese di lite relative al primo grado di giudizio in tutte le fasi, con distrazione a favore dei procuratori antistatari. **In ogni caso** Con vittoria di spese e competenze di giudizio, oltre rimborso al 15%, IVA e CPA come per legge per il grado d'appello, con distrazione a favore dei procuratori antistatari.

Fatto e diritto

Con ricorso *ex art.* 1, comma 48 della L. n. 92/2012 Koulal Noureddine conveniva la RO.MEC. srl avanti il Tribunale di Ivrea per sentir dichiarare l'invalidità del licenziamento intimatogli il 2/10/2019 per superamento del periodo di comporta, con le conseguenze, in via principale, di cui al comma 1 dell'art. 18 della L. n. 300/1970, ovvero, in subordine, di cui ai commi 4 e 7 dello stesso art. 18, ovvero ancora, in estremo subordine, di cui al comma 6 del medesimo disposto.

La RO.MEC. srl si costituiva in giudizio chiedendo il rigetto del ricorso.

Senza compimento di attività istruttoria, con ordinanza 20/1/2021 il tribunale adito, in accoglimento del ricorso, dichiarava la nullità del licenziamento in quanto discriminatorio e condannava la RO.MEC. srl a reintegrare il ricorrente nel posto di lavoro e a corrispondergli un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto per il periodo compreso fra la data del licenziamento e l'effettiva reintegra, nonché a rifondergli le spese di lite.

Avverso detta ordinanza la RO.MEC. srl proponeva opposizione chiedendone la revoca.

Si costituiva Noureddine Koulal chiedendo la conferma dell'ordinanza.

Con sentenza n. 183/21 il tribunale di Ivrea respingeva l'opposizione compensando le spese.

Avverso detta sentenza propone reclamo la RO.MEC. srl chiedendo l'accoglimento delle conclusioni in epigrafe trascritte.

Resiste l'appellato.

All'udienza del 26 ottobre 2021 la causa è stata discussa oralmente e trattenuta a riserva per la decisione.

Il tribunale ha accolto il ricorso, affermando la natura discriminatoria del licenziamento in oggetto, sulla

scorta delle considerazioni di seguito sinteticamente riportate:

1. L'applicazione del medesimo periodo di comportamento tanto ai lavoratori normodotati quanto a quelli disabili costituisce discriminazione indiretta, atteso che i lavoratori disabili sono maggiormente esposti al rischio di contrarre patologie causalmente collegate con la loro disabilità;

2. L'assenza di Koulal dall'11 al 14 gennaio 2018 è stata determinata dall'adenoma alla prostata con la conseguenza che tale periodo non poteva essere considerato ai fini del comportamento in quanto l'assenza era eziologicamente connessa all'accertata disabilità;

3. La circostanza che il datore di lavoro non conosca la diagnosi è irrilevante poiché la discriminazione prescinde dall'intento soggettivo;

4. Parimenti l'impossibilità per il datore di lavoro di differenziare le diverse giornate di assenza è ininfluente poiché il diritto antidiscriminatorio non agisce in ottica sanzionatoria bensì protettiva;

5. Né può imporsi al lavoratore l'onere di comunicare quando l'assenza sia connessa allo stato di disabilità poiché ciò riduce in via interpretativa le tutele riconosciute

dall'ordinamento al lavoratore disabile;

6. La presenza di plurime disposizioni in tema di comportamento, con periodi diversificati in ragione della gravità della patologia non esclude la discriminazione poiché il lavoratore non si è potuto giovare di alcune di tali disposizioni;

7. Da ultimo non vi è prova che l'espunzione dal periodo di comportamento dei giorni di assenza legati all'accertata disabilità ecceda il canone della ragionevolezza degli accomodamenti che il datore di lavoro è tenuto ad adottare posto che la società non ha trovato che detta neutralizzazione delle assenze si sarebbe tradotta in un costo economico o organizzativo sproporzionato.

Con un unico articolato motivo la società reclamante censura la sentenza lamentando che:

- La necessità di indicare nei certificati di malattia se la stessa costituisce "*patologia grave che richiede terapia salvavita*" ovvero stato patologico sotteso o connesso alla situazione di invalidità riconosciuta è stata introdotta dal decreto del Ministero della Salute del 18.4.2012 e la circostanza che in nessuno dei certificati medici la malattia sia stata indicata come sottesa alla situazione

di invalidità costituisce prova del fatto che non si trattava di malattie collegate alla disabilità riconosciuta al lavoratore dal 14.5.2018;

- In presenza di una malattia prolungata o di ripetuti eventi morbosi vengono a confrontarsi due diversi interessi: quello del lavoratore a conservare il posto di lavoro e quello del datore di lavoro ad esercitare correttamente il proprio diritto di recesso;

- La composizione dei diversi interessi è possibile solo attraverso la cooperazione tra le parti cooperazione che si traduce necessariamente in capo al lavoratore nel dare notizia sulla riconducibilità della malattia alla disabilità;

- Il nostro ordinamento interno prevede un apparato di meccanismi difensivi attraverso i quali al lavoratore disabile è già garantito un periodo di conservazione del posto più lungo e tra questi il congedo per cure *ex art. 7 D.Lgs. 119/11*, i tre giorni di permesso mensile retribuito *ex art. 33, comma 3, L. 104/92*, la diversificazione del comportamento contrattuale in ragione della gravità della malattia ovvero della durata della stessa;

- La sentenza ha omesso di considerare che la società, in adempimento alle prescrizioni del medico

competente in esito alla visita del 17.1.2018, ha adibito il Koulal a nuove mansioni che non prevedevano la movimentazione manuale di carichi.

In linea di fatto è documentale che il sig. Koulal:

- è stato assunto alle dipendenze della RO.MEC. in data 1° settembre 1999 con mansioni di operaio ed inquadramento nel III livello ccnl di settore;

- con verbale di invalidità del 14.05.2018 è stato riconosciuto invalido civile nella misura del 70% ed a seguito della visita del 29.01.2019 è stato riconosciuto invalido ai fini del collocamento mirato;

- in data 2.10.2019 è stato licenziato per superamento del periodo di comporta e precisamente per essere stato assente dal lavoro per malattia per 367 giorni nell'arco dei tre anni precedenti ed aver così superato il periodo massimo di conservazione del posto di lavoro di 365 giorni.

Il tribunale ha quindi ritenuto che il sig. Koulal, essendo affetto da limitazioni fisiche a carattere duraturo che gli impedivano una piena ed effettiva partecipazione alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori, dovesse essere qualificato come “*persona con*

disabilità” ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 1 e ss. del D.Lgs. 216/2003, e detta statuizione, non censurata, è divenuta definitiva.

Ciò precisato ritiene il collegio che il reclamo sia fondato non potendosi condividere il percorso motivazionale della sentenza impugnata.

Il punto di partenza nell’indagine sulla ipotizzata natura discriminatoria del disabile è rappresentato dalla sentenza della Corte di giustizia (cause riunite C-335/11 e C-337/11) nella quale la Corte europea ha affermato che “*va osservato che un lavoratore disabile è maggiormente esposto al rischio di vedersi applicare il periodo di preavviso ridotto di cui all’articolo 5, paragrafo 2, della FL rispetto ad un lavoratore non disabile. Infatti, come l’avvocato generale ha rilevato al paragrafo 67 delle sue conclusioni, rispetto ad un lavoratore non disabile un lavoratore disabile è esposto al rischio ulteriore di una malattia collegata al suo handicap. Pertanto, egli corre un rischio maggiore di accumulare giorni di assenza per malattia e, quindi, di raggiungere il limite dei 120 giorni contemplato dall’articolo 5, paragrafo 2, della FL.*” giungendo poi a concludere che “*Pertanto, la direttiva 2000/78 deve essere*

interpretata nel senso che essa osta ad una disposizione nazionale che prevede che un datore di lavoro possa mettere fine al contratto di lavoro con un preavviso ridotto qualora il lavoratore disabile interessato sia stato assente per malattia, con mantenimento della retribuzione, per 120 giorni nel corso degli ultimi dodici mesi, quando tali assenze siano causate dal suo handicap, salvo nel caso in cui detta disposizione, da un lato, persegua un obiettivo legittimo e, dall’altro, non vada al di là di quanto necessario per conseguire tale obiettivo, circostanza che spetta al giudice del rinvio valutare” (cause riunite C-335/11 e C337/11).

Se è quindi innegabile che la CGUE abbia individuato la discriminazione indiretta in danno del disabile nella modalità di computo delle assenze per malattia, in quanto questi è esposto al rischio ulteriore di una malattia legata al suo handicap e pertanto corre un rischio maggiore di accumulare giorni di malattia, è altrettanto vero che le conclusioni cui è giunta la Corte non possono essere estese ad ogni caso di licenziamento del disabile sia perché la fattispecie sottoposta al giudizio della CGUE era caratterizzata da profili fattuali peculiari sia perché in ogni caso

è necessario valutare l'obiettivo complessivamente perseguito dalle norme di diritto interno e valutarne la legittimità.

Alla CGUE è stato sottoposto il quesito se la direttiva 2000/78 del Consiglio osti all'applicazione di una disposizione del diritto nazionale in forza della quale il datore di lavoro può licenziare un lavoratore subordinato con un termine di preavviso ridotto allorché il lavoratore ha percepito, nell'arco di 12 mesi consecutivi, la retribuzione nei periodi di malattia per complessivi 120 giorni, qualora il lavoratore debba essere considerato disabile ai sensi della direttiva e l'assenza sia causata dall'handicap.

Il diritto danese, fattispecie sottoposta all'esame della CGUE, prevede che il rapporto di lavoro sia liberamente recedibile subordinatamente all'osservanza di un termine di preavviso la cui durata aumenta progressivamente con l'incremento dell'anzianità di servizio. È altresì previsto e disciplinato il diritto dei lavoratori alla retribuzione in caso di assenza per malattia; tuttavia, nel contratto di lavoro scritto può convenirsi che il periodo di preavviso possa essere soltanto di un mese, con scadenza alla fine del

mese successivo, se il lavoratore è stato assente per malattia, con mantenimento della retribuzione, per 120 giorni nel corso degli ultimi dodici mesi.

Nel caso deciso dalla Corte europea l'assenza per malattia del lavoratore disabile rendeva quindi più agevole ed immediato l'esercizio del diritto di recesso da parte del datore in quanto comportava una riduzione del termine di preavviso. Di contro, nel caso qui in esame, l'assenza per malattia impedisce al datore di lavoro di esercitare il diritto di recesso durante il periodo di comporto convenzionalmente pattuito e la prospettiva è quindi diametralmente opposta.

Peraltro la Corte europea, nell'esaminare se la disparità di trattamento fosse oggettivamente giustificata da una finalità legittima, ha ritenuto che la finalità indicata dal governo danese, consistente nell'incentivare i datori di lavoro ad assumere e a mantenere nel posto di lavoro lavoratori che presentino un particolare rischio di assenze ripetute per malattia, consentendo loro di procedere, in un momento successivo, al licenziamento di questi ultimi con un preavviso ridotto qualora l'assenza tenda a protrarsi per un

periodo notevolmente lungo, possa essere considerata idonea a giustificare oggettivamente, nell'ambito del diritto nazionale una disparità di trattamento basata sull'handicap, concretizzando un provvedimento adottato per favorire la flessibilità del mercato del lavoro.

Non ritiene quindi il collegio che la sentenza 335/2013 della CGUE possa di per sé condurre alle conclusioni cui è pervenuto il primo giudice e ciò sia per la diversità delle fattispecie sia per la doverosa valutazione della legittimità dell'obiettivo perseguito dalla disposizione potenzialmente discriminatoria sia infine per la necessità di operare un bilanciamento tra i contrapposti interessi delle parti.

È infatti indispensabile soppesare gli interessi giuridicamente rilevanti delle parti del rapporto di lavoro: da un lato l'interesse del disabile al mantenimento di un lavoro confacente con il suo stato fisico e psichico, in una situazione di oggettiva ed incolpevole difficoltà; d'altro lato l'interesse del datore a garantirsi comunque una prestazione lavorativa utile per l'impresa, tenuto conto che l'art. 23 Cost. vieta prestazioni assistenziali, anche a carico del datore di lavoro, se non previste per legge

(Cass. SS.UU. n. 7755/1998) e che la stessa direttiva 2000/78/CE, al Suo considerando 17, “*non prescrive ... il mantenimento dell'occupazione ... di un individuo non competente, non capace o non disponibile ad effettuare le funzioni essenziali del lavoro in questione*”.

L'interesse del lavoratore disabile a conservare il posto di lavoro deve essere ponderato in relazione sinallagmatica con quello del datore di lavoro di non doversi fare carico a tempo indefinito del contraccolpo che le assenze cagionano all'organizzazione aziendale, bilanciamento di interessi del tutto trascurato nella sentenza impugnata.

Se poi anche si volesse ipotizzare l'esistenza di un obbligo in capo al datore di lavoro di espungere dal comparto le assenze collegate allo stato di invalidità del dipendente, affermazione non condivisa dal collegio, allora necessariamente occorrerebbe, al fine di rendere esigibile detto obbligo, imporre al dipendente l'onere di comunicare quali assenze siano riconducibili alla malattia invalidante stante l'oggettiva impossibilità per il datore di lavoro di controllare detto nesso causale non essendo a conoscenza della diagnosi dei certificati di malattia di cui nor-

malmente viene a conoscenza solo in sede di impugnazione del recesso.

Il dovere del datore di lavoro di espungere dai giorni di assenza per malattia quelli riconducibili alla disabilità del dipendente presuppone infatti la conoscenza della ragione dell'assenza e detta conoscenza è possibile solo con la cooperazione del dipendente sul quale incombe l'onere di comunicare le assenze riconducibili alla disabilità.

L'adempimento di detto onere è reso estremamente agevole dal D.M. 18.4.2012 che ha introdotto la possibilità di indicare nei certificati barrando la corrispondente casella se l'assenza dal lavoro sia uno stato patologico connesso alla situazione di invalidità riconosciuta.

La composizione dei contrapposti interessi delle parti è quindi possibile solo per il tramite della collaborazione di entrambe le parti e la comunicazione da parte del lavoratore disabile dei giorni di malattia riconducibili alla disabilità, oltre ad essere condotta certamente non gravosa, si inquadra nel rispetto dei canoni di buona fede e correttezza nell'adempimento della prestazione.

Nel giudizio di bilanciamento dei contrapposti interessi delle parti non può infatti prescindersi dalla

considerazione che è il lavoratore a dover dimostrare l'esistenza di una causa giustificatrice dell'assenza, fatto impeditivo dell'inadempimento conseguente alla mancata erogazione della prestazione lavorativa.

Nella specie pacificamente il sig. Koulal si è limitato a trasmettere alla RO.MEC. i certificati medici relativi alle sue assenze per malattia senza curare che negli stessi venisse indicata la riconducibilità causale dell'assenza alla sua condizione di invalido né comunicare altrimenti la circostanza. L'inadempimento del lavoratore all'obbligo di cooperazione rende quindi inesigibile il preteso obbligo del datore di lavoro di espungere dal comparto le giornate di assenza correlate all'invalidità.

Inoltre rileva il collegio, condividendo sul punto i rilievi della reclamante, che nella specie la potenziale discriminazione del disabile a causa dell'aumentato rischio di assenze per malattia è esclusa in radice dalle norme di legge e contrattuali che prolungano il periodo di comparto del disabile.

Rientrano in tale apparato di meccanismi di maggior tutela del disabile il congedo per cure accordato dall'art. 7 D.Lgs. 119/11, espressamente escluso dal periodo di

comporto, ed i permessi *ex art.* 33 L. 104/92, norme entrambe finalizzate ad alleggerire il peso della prestazione lavorativa per il lavoratore disabile.

La natura potenzialmente discriminatoria del periodo di conservazione del posto di lavoro determinato in misura uguale per i lavoratori normodotati e per i disabili è poi esclusa dalla previsione pattizia del contratto prolungato. Il ccnl di settore prevede infatti un periodo più lungo di conservazione del posto di lavoro in ipotesi di evento continuativo con assenza ininterrotta o interrotta da un'unica ripresa non superiore a 61 giorni di calendario ovvero almeno due malattie con assenza pari o superiore a 91 giorni di calendario. È altresì previsto il contratto prolungato nel caso in cui, alla scadenza del contratto breve, sia in corso una malattia con prognosi pari o superiore a 91 giorni di calendario. La norma contrattuale tutela quindi in modo differenziato i lavoratori che, a causa delle loro condizioni di salute, siano maggiormente esposti al rischio di assenze prolungate.

La circostanza che le parti sociali, alle quali è demandato il compito di quantificare il periodo decorso il quale il datore di lavoro può eserci-

tare il recesso (art. 2110 II° comma c.c.), abbiano disciplinato in modo differenziato l'ipotesi di malattie che comportino assenze di lunga durata vale di per sé sola ad escludere la discriminazione discendente dall'applicazione dello stesso termine di contratto per i lavoratori normodotati e per quelli disabili poiché il rischio aumentato di assenze a causa di malattia invalidante gravante sui secondi è controbilanciato dal diritto ad un periodo più lungo di conservazione del posto di lavoro.

Infine non può fondatamente sostenersi che l'onere di preavvertire il dipendente del compiersi del periodo di contratto rappresenti un elemento costitutivo del recesso.

Secondo il condivisibile orientamento espresso in punto dalla Suprema Corte (cass. 20761/18) *“nella fattispecie di recesso del datore di lavoro per l'ipotesi di assenze determinate da malattia del lavoratore, tanto nel caso di una sola affezione continuata, quanto in quello del succedersi di diversi episodi morbosi (cosiddetta eccessiva morbilità), la risoluzione del rapporto costituisce la conseguenza di un caso di impossibilità parziale sopravvenuta dell'adempimento, in cui il dato dell'assenza dal lavoro*

per infermità ha una valenza puramente oggettiva; ne consegue che non rileva la mancata conoscenza da parte del lavoratore del limite cosiddetto esterno del comparto e della durata complessiva delle malattie e, in mancanza di un obbligo contrattuale in tal senso, non costituisce violazione da parte del datore di lavoro dei principi di correttezza e buona fede nella esecuzione del contratto la mancata comunicazione al lavoratore dell'approssimarsi del superamento del periodo di comparto (in quanto tale comunicazione servirebbe in realtà a consentire al dipendente di porre in essere iniziative, quali richieste di ferie o di aspettativa, sostanzialmente elusive dell'accertamento della sua inidoneità ad adempiere l'obbligazione. In senso analogo v. anche Cass. lav. n. 13396 del 13/09/2002: il lavoratore licenziato per superamento del periodo di comparto non può lamentare che il datore di lavoro non l'abbia messo in grado di avvalersi del diritto, previsto dal contratto collettivo, di fruire di un periodo di aspettativa al termine del comparto, dal momento che il datore di lavoro non è tenuto a sollecitare il ricorso all'aspettativa e, d'altra parte, la normativa legale e contrattuale deve

essere nota ad entrambe le parti del rapporto. Conforme id. n. 21385 del 10/11/2004. V. altresì Cass. lav. n. 1757 del 1995 e n. 3351 del 1996".

In accoglimento del reclamo devono quindi respingersi le domande proposte con il ricorso introduttivo del giudizio.

La novità delle questioni trattate giustifica la compensazione delle spese di entrambi i gradi.

P.Q.M.

Visti gli art. 1 commi 58 ss. L. 92/12 e 437 c.p.c.,

in accoglimento del reclamo,
respinge le domande proposte con il ricorso introduttivo;
compensa le spese di entrambi i gradi.

Così deciso all'udienza del 26/10/2021.

La presidente
Clotilde Fierro

LA CORTE DI APPELLO DI TORINO E IL PRINCIPIO DI NON DISCRIMINAZIONE NEL PERIODO DI COMPORTO DEI LAVORATORI DISABILI

Gabriele Moro

1. *Premessa.*

Con una sentenza destinata certamente a non passare inosservata ed a rinfocolare un dibattito in realtà mai sopito, la Corte d'Appello torinese affronta un tema che negli ultimi anni è stato spesso affrontato dalla giurisprudenza di merito con esiti diametralmente opposti, ovvero la computabilità nel periodo di comportamento delle assenze per malattia riconducibili all'invalidità del dipendente.

La questione era stata sollevata in giudizio dal lavoratore invalido che aveva impugnato il proprio licenziamento per superamento del periodo di comportamento (si era assentato dal lavoro per malattia per 367 giorni nell'arco dei tre anni precedenti, quindi oltre il periodo massimo di conservazione previsto dalla contrattazione collettiva di settore, pari a 365 giorni), sostenendo che l'applicazione del medesimo periodo di comportamento tanto ai lavoratori normodotati quanto a quelli disabili costituiva discriminazione indiretta.

Nel rito sommario ed in sede di opposizione il ricorso del lavoratore veniva accolto ed il Tribunale di Ivrea aveva disposto la reintegrazione del lavoratore disabile, condividendo la tesi che il licenziamento per superamento del periodo di comportamento intimato nei suoi confronti integrasse una discriminazione indiretta in base alla disabilità posto che i lavoratori disabili sono maggiormente esposti al rischio di contrarre patologie causalmente collegate con la loro disabilità. Inoltre, la circostanza di non poter conoscere la diagnosi delle malattie all'origine delle assenze, addotta nelle difese del datore di lavoro, è stata considerata irrilevante poiché la discriminazione prescinderebbe da

un intento soggettivo. Infine, l'impossibilità per il datore di lavoro di differenziare le diverse giornate di assenza sarebbe comunque ininfluente poiché non poteva imporsi al lavoratore l'onere di comunicare quando l'assenza fosse connessa allo stato di disabilità.

2. *I recenti arresti della giurisprudenza interna.*

L'orientamento inizialmente espresso dal Tribunale di Ivrea appare, invero, tutt'altro che isolato: ancora recentemente la giurisprudenza di merito ha avuto modo di specificare (nel caso specifico di regime unico di comparto per normodotati e disabili) che *“le parti sociali che hanno stipulato il CCNL ANASTE, nel non contemplare un regime differenziato del periodo di comparto 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)”* (1).

Sempre recentemente, anche il Giudice del Lavoro di Verona (2) aveva stabilito che la previsione di un periodo di comparto uguale per i lavoratori disabili e per quelli normodotati costituisce una discriminazione indiretta, in quanto la disposizione, apparentemente neutra, introduce di fatto una disparità di trattamento a danno dei soggetti disabili, i quali statisticamente sono più assenti per malattie collegate alle patologie invalidanti rispetto agli altri lavoratori. Nel caso di specie, il CCNL Agenzie Somministrazione di lavoro del 27

(1) Corte di Appello di Genova 21 luglio 2021 n. 211.

(2) Ordinanza del 21 marzo 2021.

febbraio 2014 (applicabile alla fattispecie) non prevedeva alcuna distinzione del periodo di comportamento tra normodotati e lavoratori disabili. Secondo il datore di lavoro convenuto in giudizio, invece, il CCNL di riferimento si sottraeva a tale censura, in quanto la disposizione che disciplinava il periodo di comportamento (art. 39) prevedeva che “*per i soggetti con disabilità, destinatari delle previsioni contenute nell’articolo 3 comma 3 della legge 104/92, i permessi per cura sono esclusi dal computo dei periodi di malattia*”. Il Tribunale di Verona ha accolto, però, le richieste del dipendente, dichiarando nullo il recesso datoriale, valutando la disciplina del CCNL applicato non sufficientemente adeguata ad escludere il rischio di un’ingiustificata disparità di trattamento rispetto ai lavoratori portatori di handicap. Il contratto collettivo, infatti, si limita a disciplinare i permessi per cura richiesti da una determinata categoria di soggetti portatori di handicap e cioè coloro che si trovano in una situazione di gravità (art. 3, comma 3, L. n. 104/1992), mentre sono esclusi i soggetti disabili che - come il ricorrente - non sono riconosciuti in condizioni di gravità ma sono comunque ascrivibili alla categoria protetta contro le discriminazioni nel rapporto di lavoro. Inoltre, lo stesso contratto collettivo si riferisce letteralmente e tassativamente solo a permessi per terapie, che quindi possono non coincidere con le assenze per malattia in senso stretto (3). Inoltre, secondo il Giudice del Lavoro, non erano condivisibili nemmeno le argomentazioni del datore di lavoro laddove affermava di non essere stato in grado di verificare la riconducibilità dell’assenza del ricorrente alle patologie invalidanti di cui è affetto, poiché per la sussistenza della discriminazione non è richiesto che il comportamento

(3) La lacunosità della previsione contrattuale in parola è confermata proprio dal fatto che, in occasione del rinnovo avvenuto il 15 ottobre 2019, i firmatari hanno introdotto un’espressa previsione in forza della quale vengono escluse dal periodo di comportamento le assenze per malattie “ingravescenti”, a prescindere dal riconoscimento del lavoratore come portatore di *handicap* in situazione di gravità.

datoriale sia intenzionalmente discriminatorio (quindi doloso), essendo sufficiente che la discriminazione operi “*obiettivamente, ovvero in ragione del mero rilievo del trattamento peggiore riservato al lavoratore quale effetto della sua appartenenza alla categoria protetta, e a prescindere dalla volontà illecita del datore di lavoro*” (4).

Più risalente, ma caposaldo dell’orientamento in commento, una pronuncia del Tribunale di Milano aveva ritenuto 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*” (5).

3. *Il quadro di riferimento.*

Come noto, il lavoratore che ha subito un infortunio o si trova in malattia ha diritto alla conservazione del posto di lavoro per un periodo (cd. Periodo di comporto) stabilito dalla legge, dal CCNL o, in mancanza, dagli usi (6). Durante tale periodo il datore di lavoro non può licenziare il lavoratore, salvo che naturalmente 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 di impresa.

Nondimeno, il D.Lgs. 216/03, che ha recepito la direttiva comunitaria

(4) Così, Cass. 27 settembre 2018, n. 23338.

(5) T. Milano 28 ottobre 2016, n. 2875, in *Riv. Giur. Lav.*, 2017, 475 ss., nt. MALZANI, *Soluzioni ragionevoli ed effettività della tutela antidiscriminatoria del lavoratore disabile*, ove viene adottato esplicitamente l’impianto motivazionale utilizzato dalla Corte di giustizia, di cui oltre, nel testo.

(6) Si vedano, infatti, l’art. 6, comma 4, RDL 1825/24 e l’art. 2110, comma 2 c.c.

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”*.

La corretta interpretazione della norma viene offerta in una lucida rappresentazione offerta dal Tribunale di Milano, il quale rammenta che *“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”*. (7)

(7) Trib. Milano 28 ottobre 2016 n. 2875, cit.

Sul punto, peraltro, 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” (8), ai sensi della quale “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” (9) e, soprattutto, l’interpretazione offertane dalla Corte di Giustizia.

Quest’ultima, in particolare, riferisce con 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

(8) 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).

(9) Art. 2, lett. b, Direttiva 2008/78/CE.

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*" (10).

La Corte di Giustizia UE, inoltre, con riferimento 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 (11).

Inoltre, quanto al rapporto tra disabilità e malattia, 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

(10) Corte di Giustizia CE, 11 aprile 2013 - C 335/11 e C 337/11.

(11) Corte di Giustizia UE, Sez. 3, 18 gennaio 2018, n. 270 - C-270/16.

periodo (12).

4. *La sentenza della Corte di appello di Torino.*

In tale contesto (e contrasto) giurisprudenziale, la recente Corte di Appello di Torino, il 26 ottobre, con la sentenza n. 604, ha accolto il gravame proposto dalla Società, esprimendo una serie di principi di fondamentale importanza: in primo luogo, la Corte ha in qualche modo privato gli arresti sopra descritti della Corte di Giustizia della loro vincolatività generale, sottolineando i motivi di peculiarità dei casi concreti portati al suo cospetto. Nel dettaglio, la Corte di appello osserva come appaia innegabile che la Corte di Giustizia avesse individuato una discriminazione indiretta in danno del disabile nella modalità di computo delle assenze per malattia in quanto questi è esposto al rischio ulteriore di una infermità legata al suo handicap e, pertanto, corre un rischio maggiore di accumulare giorni di malattia. Tuttavia, sostiene la Corte di appello, le conclusioni alle quali era giunta la Corte di Giustizia non possono essere estese ad ogni caso di licenziamento del disabile poiché è sempre necessario valutare l'obiettivo complessivamente perseguito dalle norme di diritto interno e valutarne la legittimità. In proposito i giudici torinesi affermano infatti come sia *“indispensabile soppesare gli interessi giuridicamente rilevanti delle parti del rapporto di lavoro: da un lato l'interesse del disabile al mantenimento di un lavoro confacente con il suo stato fisico e psichico, in una situazione di oggettiva ed incolpevole difficoltà; d'altro lato l'interesse del datore a garantirsi comunque una prestazione lavorativa utile per l'impresa, tenuto conto che l'art. 23 Cost.*

(12) Corte di Giustizia CE (grande sezione), 11 luglio 2006, C-13/05. in *Riv. it. dir. lav.* 2007, con nota di GAIA GIAPPICHELLI, *La Corte di Giustizia si pronuncia sulla nozione di handicap: un freno alla vis expansiva del diritto antidiscriminatorio?*, 750.

vieta prestazioni assistenziali, anche a carico del datore di lavoro, se non previste per legge (Cass. SS.UU. n. 7755/1998) e che la stessa direttiva 2000/78/CE, al Suo considerando 17, “non prescrive ... il mantenimento dell’occupazione ... di un individuo non competente, non capace o non disponibile ad effettuare le funzioni essenziali del lavoro in questione” L’interesse del lavoratore disabile a conservare il posto di lavoro deve essere ponderato in relazione sinallagmatica con quello del datore di lavoro di non doversi fare carico a tempo indefinito del contraccolpo che le assenze cagionano all’organizzazione aziendale, bilanciamento di interessi del tutto trascurato nella sentenza impugnata”.

In secondo luogo, i giudici del gravame affermano che se anche *“si volesse ipotizzare l’esistenza di un obbligo in capo al datore di lavoro di espungere dal comparto le assenze collegate allo stato di invalidità del dipendente, affermazione non condivisa dal collegio, allora necessariamente occorrerebbe, al fine di rendere esigibile detto obbligo, imporre al dipendente l’onere di comunicare quali assenze siano riconducibili alla malattia invalidante stante l’oggettiva impossibilità per il datore di lavoro di controllare detto nesso causale non essendo a conoscenza della diagnosi dei certificati di malattia”.*

In altre parole, per rendere possibile l’espunzione dalle assenze di quelle imputabili alla disabilità occorrerebbe che il datore di lavoro ne fosse quanto meno informato, tramite una sorta di collaborazione del lavoratore. L’adempimento di questo onere, osserva la Corte, è reso estremamente agevole dal D.M. 18.4.2012 che ha introdotto la possibilità di indicare nei certificati barrando la corrispondente casella se l’assenza dal lavoro sia uno stato patologico connesso alla situazione di invalidità riconosciuta.

Tale soluzione rende possibile la composizione dei contrapposti interessi delle parti - quello del lavoratore a conservare il posto di lavoro e quello del datore di lavoro ad esercitare correttamente il proprio

diritto di recesso - prevedendo l'onere di una condotta certamente non gravosa per il dipendente e che si può inquadrare nel rispetto dei canoni di buona fede e correttezza nell'adempimento della prestazione: sostiene infatti la corte di appello che *“nel giudizio di bilanciamento dei contrapposti interessi delle parti non può infatti prescindersi dalla considerazione che è il lavoratore a dover dimostrare l'esistenza di una causa giustificatrice dell'assenza, fatto impeditivo dell'inadempimento conseguente alla mancata erogazione della prestazione lavorativa”*. In questo quadro, appare evidente come l'inadempimento del lavoratore all'obbligo di cooperazione, ovvero nel non segnalare la riconducibilità della sua assenza a motivi legati alla sua disabilità, rende quindi inesigibile il preteso obbligo del datore di lavoro di espungere dal comparto le giornate di assenza correlate all'invalidità. Inoltre, rileva il Collegio, condividendo sul punto i rilievi della reclamante, nel caso di specie la potenziale discriminazione del disabile a causa dell'aumentato rischio di assenze per malattia è esclusa in radice dalle norme di legge e contrattuali che prolungano il periodo di comparto del disabile. Infatti il CCNL di settore prevedeva un periodo più lungo di conservazione del posto di lavoro in ipotesi di evento morboso continuativo e un comparto prolungato nel caso in cui alla scadenza del comparto breve fosse in corso una malattia con prognosi pari o superiore a 91 giorni di calendario, circostanza che consente alla corte di affermare che *“la norma contrattuale tutela quindi in modo differenziato i lavoratori che, a causa delle loro condizioni di salute, siano maggiormente esposti al rischio di assenze prolungate. La circostanza che le parti sociali, alle quali è demandato il compito di quantificare il periodo decorso il quale il datore di lavoro può esercitare il recesso (art. 2110 II° comma c.c.), abbiano disciplinato in modo differenziato l'ipotesi di malattie che comportino assenze di lunga durata vale di per sé sola ad escludere la discriminazione discendente dall'applicazione dello stesso termine di comparto per i*

lavoratori normodotati e per quelli disabili poiché il rischio aumentato di assenze a causa di malattia invalidante gravante sui secondi è controbilanciato dal diritto ad un periodo più lungo di conservazione del posto di lavoro”.

Alcune precedenti sentenze di merito avevano per vero già fatto proprio il principio appena espresso (13), e posto l’accento sulla potenziale rilevanza della contrattazione collettiva, posto che le Parti sociali ben potrebbero, in sede di contrattazione individuare direttamente nella norma relativa al periodo di comporto specifiche ipotesi di modulazione della durata del medesimo in modo da differenziare la disciplina delle malattie riconducibili alla invalidità del dipendente (14).

(13) Cfr. Trib. Milano, ord. n. 1883/2017; Trib. Parma, ord. 17 agosto 2018.

(14) In questo senso, ad es., la contrattazione collettiva citata da VARVA, *Malattie croniche e lavoro tra normativa e prassi*, Riv. It. Dir. Lav., 2018, 109, e quindi art. 57, ccnl 4 febbraio 2014 per gli addetti alle industrie manifatturiere delle pelli e succedanei; art. 61, ccnl 4 febbraio 2014 per i dipendenti da aziende di confezione in serie di prodotti di abbigliamento; art. 41, ccnl 5 dicembre 2012 per i lavoratori dipendenti da aziende cooperative di trasformazione di prodotti agricoli e zootecnici e lavorazione prodotti alimentari; art. 55, accordo di rinnovo 21 dicembre 2012 per i quadri direttivi e per il personale delle aree professionali delle banche di credito cooperativo casse rurali e artigiane; art. 41, ccnl 14 aprile 2011 per i dipendenti del gruppo Poste italiane spa; art. 55, ccnl 26 luglio 2010 per i dipendenti dalle manifatture di ombrelli e ombrelloni.